



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Filosofia, Sociologia, Pedagogia e Psicologia Applicata (FISPPA)

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN FILOSOFIA
FILOSOFIA POLITICA E STORIA DEL PENSIERO POLITICO
CICLO XXXVI

Il governo della cooperazione. W. Cesarini Sforza filosofo del diritto (1911-1946)

Tesi redatta con il contributo finanziario della Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo

Coordinatore: Ch.mo Prof. Luca Basso
Supervisore: Ch.mo Prof. Sandro Chignola

Dottorando: Matteo Caparrini

Matteo Caparrini

Università di Padova

IL GOVERNO DELLA COOPERAZIONE

W. Cesarini Sforza filosofo del diritto (1911-1946)



2023/2024

Coordinamento del prof. Luca Basso
Supervisione del prof. Sandro Chignola

Dipartimento di Filosofia, Sociologia,
Pedagogia e Psicologia Applicata (FISPPA)

Università degli Studi di Padova

Indice

- v Abstract
- vii *Introduzione. Non è vero e completo giurista chi non*
- 1 *Cap. 1. La vita del diritto*
1. Non la scienza ma la vita, disse il fascista (p. 3)
 2. La vita del diritto come dialettica di soggettività e oggettività (p. 27)
 3. La vita «libera» del diritto (p. 49)
 4. La vita naturale e positiva del diritto (p. 63)
 5. La vita del diritto come espressione della vita dell'individuo (p. 85)
- 101 *Cap. 2. Impronte romanistiche*
6. La naturalità della scienza giuridica: (p. 103)
 - (i) il suo progresso (p. 125)
 - (ii) la sua distruzione (p. 130)
 - (iii) la sua possibilità (p. 135)
 7. Una prospettiva immaginaria: il movimento della scienza giuridica (p. 145)
 8. L'«impronta romanistica» della scienza giuridica (p. 169)
- 189 *Cap. 3. Come volere l'azione altrui*
9. Perché obbedire? La norma e il comando (p. 191)
 10. Perché cooperare? La possibilità «viceversa» del diritto soggettivo (p. 221)
 11. Perché fare scienza? Le ragioni di una critica (p. 259)
- 305 Bibliografia delle opere di W. Cesarini Sforza (fino al 1967)

Abstract

The dissertation presents what might hesitantly be labelled W. Cesarini Sforza's 'juridical institutionalism' in light of his philosophical thought, and aims at establishing the possibility of a 'diritto dei privati', or rather, a 'diritto delle organizzazioni', taking into due consideration the lengthy intellectual journey on which, alongside his dedication to legal science, Cesarini Sforza set out as a philosopher of law.

Cesarini Sforza wrote extensively on philosophy of law. Plenty of his works demonstrate it, starting from his first attempts at philosophical writing, the "Principi filosofici di una nuova teoria del diritto" (1911) and "Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale" (1913), skipping forward to Cesarini Sforza's philosophical maturity, represented by works such as "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica" (1934) and "Avventure del diritto soggettivo" (1941), all the way to his lectures on philosophy of law—"Filosofia del diritto" (1958³)—, where he condensed the results of a life of studies. Yet, despite the sheer quantity of materials available, the recent attentions that Cesarini Sforza attracted from jurists and philosophers alike, intent on (re)assessing his intuitions on how to think law beyond the state, has not translated into a similar (re)assessment of his philosophy of law.

For all the revival of research on juridical institutionalism in general, and the works of Cesarini Sforza in particular, much is still to be done to secure a firm understanding of the reasons which led the author of "Il diritto dei privati" (1929) to formulate his peculiar theory of law. The majority of his writings are rich of philosophical speculations on matters such as the nature of command and of cooperation, and the impact of legal and social objectivity on subjectivity, but are long forgotten. The initial, essential hypothesis that informs this dissertation is precisely that it is difficult to grasp the intricacies of Cesarini Sforza's 'diritto dei privati', or 'delle organizzazioni', without getting to grips with the philosophical background that brought him to adhere to juridical institutionalism and to discuss the new ideas of the likes of Maurice Hauriou and Santi Romano.

This is the reason why, rather than jumping to Cesarini Sforza's institutionalist interests straightaway, we are first going to take a long step back and watch as his philosophical thought develops. Thus, we will get the chance to better understand the stakes of jurid-

ical institutionalism, which, as a theory of law, responded to issues that Cesarini Sforza was well aware of from his philosophical studies, before institutionalism was even a thing. Moreover, studying Cesarini Sforza's philosophy of law will allow for a thorough survey of the state of the art in legal science in the late 19th century and at the beginning of the 20th century. (Our analysis will first and foremost be conducted on Italian legal science, the closest to Cesarini Sforza, but will also refer to German *Rechtswissenschaft*, which was very influential in Italy back then, a steppingstone for any jurist, legal scientist, or philosopher of law worthy of the name.)

During that period of time, law was buzzing with excitement. For the first time, law could be subject to scientific endeavor, just like in any other science, and the widespread resort to codification in 19th century Europe made sure that the newly born legal science had a destination of use for its discoveries and advice. Nevertheless, many were already advocating that legal science was in a crisis, stemming from the exorbitant role played by the state within the scientific representation of law. Philosophy of law was in no lesser dire straits: law's becoming the subject of scientific endeavor, in fact, meant that the traditional influence exerted by philosophy on law was dimming.

Cesarini Sforza realised early on that the crisis of legal science and philosophy of law were part of the same phenomenon; other than that, he recognised that the fixation of legal science on the state called for a philosophical critique which in turn would reshape the goal of philosophy of law and its bearing on legal science. Instead of speculating on the fundamental principles of law as it used to do, with a strong connection with natural law, Cesarini Sforza's philosophy of law always tried to stay close to the juridical concepts that legal science was developing; in doing so, he accepted the conceptualisation of law readied by legal science and understood the task of philosophy of law as one that begins when those concepts are not capable of sustaining the widest variety of individual expressions possible in the legal sphere anymore.

Enhancing the capability of law to sustain the widest variety of individual expressions possible, that is the task that Cesarini Sforza understood to be the task of philosophy of law. This understanding led him to delve deep into the ways in which subjectivity can express itself and produce legal and social objectivity, as well as to explore the various difficulties arising when individuals turn to others to command they do something, or to cooperate with them. We will follow Cesarini Sforza's lead, trying on our part to understand how what is 'privato' can nonetheless be common and shared, and become 'organizzazione'.

Introduzione

Non è vero e completo giurista chi non

Quale Widar Cesarini Sforza ha scritto *Il diritto dei privati* nel 1929? E quale legame possiamo immaginare tra il diritto dei privati e il «diritto delle organizzazioni»¹?

A queste domande non sono state date risposte soddisfacenti. In parte, è perché la materia della seconda domanda è inesauribile; in parte, per quanto riguarda gli studi su Cesarini Sforza, è perché il senso della prima non si avverte facilmente. Sembra suggerire infatti che, di Cesarini Sforza, ce ne siano almeno due: il giurista e il filosofo del diritto, e è difficile, oggi, afferrare il significato dell'alternativa. Se, di recente, i testi dell'istituzionalismo giuridico sono stati ripresi in mano, e ne è scaturito un dibattito (tra, per citarne solo alcune, Roma, Pisa, Padova, Firenze e Parigi), Cesarini Sforza vi è stato letto a fianco di Santi Romano e Maurice Hau-riou, senza che si sentisse il bisogno di distinguerli in base alla loro specializzazione disciplinare².

¹ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata 2018, p. 35; cfr. ID., *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1958³, p. 67. Cesarini Sforza ha parlato anche di un «diritto delle collettività» (ID., *Preliminari sul diritto collettivo*, in *Il diritto dei privati*, cit., p. 112).

² Il dibattito sull'istituzionalismo ha saputo convocare temi e problemi di natura disparata di cui già non è facile sorvegliare gli sviluppi. Ci se ne può rendere conto nelle pagine di un'autrice che ha fatto parte del dibattito fino dall'inizio e che rappresenta uno dei contributi più interessanti: cfr. N. TOSEL, *Il potere di affezione: Deleuze, Tarde e il carattere produttivo delle istituzioni*, in «Politica&Società», 2020 (2), pp. 143-163; ID., *Giurisprudenza e vita nel pensiero di Gilles Deleuze. Per una genealogia del diritto*, in «Filosofia politica», 2020 (2), pp. 251-267; ID., *Re-make and repair! L'istituzione giuridica come "ri-medio" sociale*, in «Politica&Società», 2022 (3), pp. 411-427; ID., *Tra fiction e realtà. Santi Romano in dialogo con*

È sembrato il contesto naturale per le idee di Cesarini Sforza – e, del resto, lo è: *Il diritto dei privati* commenta estesamente *L'ordinamento giuridico* di Romano, e Cesarini Sforza fu il primo traduttore italiano di *La teoria dell'istituzione e della fondazione* e altri saggi di Hauriou³. Ora, è fuor di dubbio che Romano e Hauriou siano stati dei giuristi: lo sarà stato, allora, anche Cesarini Sforza. Stanti così le cose, però, a chi consulta la (non sconfinata, si deve dire) letteratura dedicata ai suoi lavori rimane una certa perplessità, ovvero: sente parlare di un fantomatico Cesarini Sforza filosofo del diritto, come, quasi, se fosse qualcun altro dal Cesarini Sforza giurista⁴.

Yan Thomas su tecniche, istituzioni, artifici, in M. CROCE (a cura di), *Un dialogo su Santi Romano: crisi, istituzioni, tecniche*, ETS, Pisa 2023. Ha fatto molto bene A. SCALONE, *Il concetto di istituzione fra innovazione e continuità. A proposito di alcune pubblicazioni recenti*, in «Nomos», 2020 (3), pp. 1-16 a sottolineare come il dibattito sia seguito alla riproposizione editoriale di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata 2018, M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, Quodlibet, Macerata 2019, ancora S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Quodlibet, Macerata 2019, oltre a *Il diritto dei privati*. È una circostanza, questa, da non sottovalutare.

³ M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano 1967.

⁴ Una volta, consultando il fascicolo d'una rivista bolognese di inizio novecento, dove per un refuso si chiamava Walter, e non Widar, l'autore dell'articolo ricercato, devo confessare che mi sia preso, per un attimo, il dubbio che davvero esistessero due individui chiamati Cesarini Sforza. Quando si parla di una letteratura dedicata ai lavori cesariniani, si intendono gli interventi che non provvedono soltanto per accenni a studiare il pensiero di questo autore, ma affrontano direttamente e diffusamente la sua filosofia del diritto: cfr. (in ordine cronologico) U. SCARPELLI, *La "Filosofia del diritto" di Widar Cesarini Sforza*, in «Rivista di diritto civile», 3, 1957 (3), pp. 353-365; A. BARATTA, *Tra idealismo e realismo. A proposito della "Filosofia del diritto" di Widar Cesarini Sforza*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 42 (Terza Serie), 1965, pp. 421-456; G. PERTICONE, *Presentazione*, in W. CESARINI SFORZA, *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano 1967; A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974; P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: "illusioni e certezze" della giurisprudenza*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 5-6, 1976-1977, pp. 1031-1095; GAET. MARINI, *Widar Cesarini Sforza tra idealismo e positivismo giuridico*, Scuola di perfezionamento in filosofia, Padova 1980; C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011 (1), pp. 63-89; G. CARCATERRA, *Widar Cesarini Sforza alla Sapienza*, e G. BARTOLI, *Il diritto tra idea e fenomeno. Il "caso" Widar Cesarini Sforza*, entrambi in ID. (a cura di), *I filosofi del diritto alla Sapienza tra le due guerre*, Sapienza Università Editrice, Roma 2017; M. JORI e S. ZORZETTO, *Un inedito di Uberto Scarpelli: l'idealismo metodologico di Widar Cesarini Sforza*, in «Politeia», 39, 2023, pp. 64-76. Per quanto riguarda invece la re-

L'opportunità di distinguere tra una filosofia del diritto e una scienza giuridica non è speciosa, considerata la singolarità del caso universitario italiano: in Italia, la filosofia del diritto è insegnata a Giurisprudenza, le viene, perciò, riconosciuto un carattere specialistico entro gli studi giuridici. All'inizio del novecento, appuntavano gli attenti osservatori dell'epoca, nelle università italiane figurava circa la metà (secondo altre stime: un terzo) delle cattedre di Filosofia del diritto nel mondo⁵. Essere un filosofo del diritto, allora, possiamo dire significhi una cosa precisa: avere l'abilitazione a un certo insegnamento – e Cesarini Sforza ottenne la libera docenza in Filosofia del diritto a Bologna nel 1914, fu ordinario di questa materia a Pisa, a partire dal 1930, e a Roma, a partire dal 1939. Non solo fu filosofo del diritto, quindi, ma finì la carriera, ritirandosi nel 1956 per raggiunti limiti di età, nel prestigioso ateneo romano.

La faccenda, tuttavia, non è così semplice. La specificità dell'ordinamento universitario italiano comporta che giuristi e filosofi del diritto si formassero nelle stesse facoltà, fossero vicini di studio, insegnassero agli stessi studenti, pubblicassero sulle stesse riviste. E di questa vicinanza Cesarini Sforza fu interprete.

cente ripresa, a ragionare la collocazione di Cesarini Sforza tra gli altri autori dell'istituzionalismo giuridico hanno contribuito, tra i primi, M. CROCE e A. SALVATORE, *Come si fa ordine. Tre tipi di istituzionalismo giuridico*, in «Ragion pratica», 2019 (1), pp. 311-332 e M. SPANÒ, *Le istituzioni dei privati. Autonomia, rapporti, cooperazione*, in «Politica&Società», 2020 (2), pp. 165-186.

⁵ Cfr. P. BONFANTE, *L'autonomia della scienza del diritto e i confini della filosofia*, in «La Critica», 16, 1918, pp. 51-59, p. 53, n. 1. Un'analoga considerazione sulla singolarità del caso italiano si troverà in GIUL. MARINI, *The Philosophy of Law in Modern Italy*, in «University of Toronto Journal», 22, 1972 (2), pp. 77-97. Per una ricostruzione delle vicende delle università italiane tra ottocento e novecento, come, inevitabilmente, del loro contorno politico, si rimanda a: R. ORECCHIA, *La filosofia del diritto nelle università italiane (1900-1965). Saggio di bibliografia*, Giuffrè, Milano 1967; *L'educazione giuridica. I. Modelli di università e progetti di riforma e II. Profili storici*, Libreria Universitaria, Perugia 1975-1979; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Giuffrè, Milano 1980; A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990; I. PORCIANI (a cura di), *L'università tra otto e novecento: i modelli europei e il caso italiano*, Jovene, Napoli 1994; ID. (a cura di), *Università e scienza nazionale*, Jovene, Napoli 2001; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari 2000; I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma Tre Press, Roma 2015; I. BIROCCHI e M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Giappichelli, Torino 2016.

Da questo punto di vista, la recente ripresa di cui ha goduto, tra gli altri, *Il diritto dei privati* ha fatto bene a collocarlo accanto ai Romano e agli Hauriou. Accanto a Romano, del resto, Cesarini Sforza fu davvero, durante i suoi primi anni a Roma: Romano, nonostante i suoi impegni come presidente del Consiglio di Stato, continuava infatti a insegnare Diritto costituzionale nella stessa università. La letteratura meno recente, in merito, si è troppo affannata, e contraddittoriamente, a dimostrare la provenienza e lo smarcamento delle riflessioni filosofiche cesariniane dal neoidealismo crociano. Cesarini Sforza, ha scritto Alessandro Baratta, avrebbe la «*felix culpa*» di aver sostituito il riferimento di Croce all'individualità concreta, che porta a riconoscere una unica forma ideale di soggettività, con il «riconoscimento della pluralità dei soggetti»⁶. E Uberto Scarpelli aveva già dato il tono parlando di quella «nuova fecondità dell'atteggiamento del filosofo che non tema l'accusa di empirismo», o di rivolgersi alla sociologia. Certo, «il Cesarini Sforza parl[a] assai spesso di attività spirituale e di spirito», ma «il soggetto della storia e dell'esperienza giuridica è per lui l'uomo reale»⁷.

Ora, che Cesarini Sforza abbia trovato in Croce dei puntelli con i quali montare il suo pensiero, non vale la pena dimostrare: lo vedremo *rebus ipsis et factis* quando affronteremo il carattere individuale del diritto o tratteremo il funzionamento del concetto di espressione. Ma nelle riflessioni filosofiche cesariniane tutto ciò che è desunto dal neoidealismo contiene implicita, e, spesso, esplicita, la ragione per essergli rivolto contro. La distanza da Croce non è dovuta a un lungo masticamento, alla fine del quale Cesarini Sforza ribalterebbe i presupposti idealistici del suo pensiero – ma a un attraversamento alternativo dell'idealismo, che non abbandonò la convinzione che la filosofia si colloca all'altezza della scienza, che la filosofia del diritto ha a che fare con la scienza giuridica⁸. La distanza da Croce va capita allora a partire dalla sconfessione crociana della scientificità del diritto. Croce diventava inservibile non appena negava che del diritto si facesse scienza: a Cesarini Sforza, bastava bussare alla porta accanto per capire che le cose stavano altrimenti.

⁶ A. BARATTA, *Tra idealismo e realismo*, cit., p. 446.

⁷ U. SCARPELLI, *La "Filosofia del diritto"*, cit., pp. 358-359.

⁸ Cfr. P. CESARONI, *La vita dei concetti. Hegel, Bachelard, Canguilhem*, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 74-103. Cfr. la divulgazione del pensiero hegeliano come una polemica della filosofia in W. CESARINI SFORZA, *Hegel*, in «Nuova Antologia», 280, 1931, pp. 197-206.

In quello che chiameremo il rapporto *laterale* tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica⁹, però, Cesarini Sforza dovette bussare sonoramente alle porte dei giuristi, che non erano certo spalancate. Tra pensiero scientifico e filosofico, nella loro vicinanza, rimaneva il caso di distinguere. La distinzione attraversa la biografia di Cesarini Sforza e lo interessò da vicino, anche in termini di carriera, una carriera agli inizi faticosa, che solo a partire dagli anni trenta può dirsi affermata¹⁰. È una carriera da filosofo del diritto, abbiamo detto, e si può capire preliminarmente che cosa questo implicasse se azzardiamo un primo breve confronto con Romano.

Secondo Romano, per fare scienza giuridica si deve «fare una teoria, che dovrà corrispondere alla realtà, qual'è (*sic*) concepita, non dal giurista individualmente, ma dallo stesso ordinamento giuridico»¹¹. Il giurista romaniano si nasconde negli ordinamenti giuridici, fa scomparire la sua voce, e restituisce il processo di produzione della realtà che quelli adibiscono. Ecco, per Cesarini Sforza occorre portare il giurista allo scoperto, volente o nolente; ma meglio sarebbe dire: le riflessioni filosofiche cesariniane intendevano insistere sulla complicità tra diritto e scienza giuridica facendo attenzione a dove il giurista inevitabilmente esprime i punti ciechi del suo pensiero. È questa la prestazione della filosofia del diritto, una prestazione che, astutamente, essa richiede al giurista, perché «non è vero giurista colui che si occupa di studiare scientificamente i fenomeni giuridici senza provare il bi-

⁹ Dell'idea di un rapporto laterale tra la filosofia e la scienza si accreditano le discussioni preparatorie alla pubblicazione di L. CABASSA e F. PISANO (a cura di), *Epistemologie. Critiche e punti di fuga nel dibattito contemporaneo*, Mimesis, Torino 2023, alle quali è arrivato, con tutte le successive modifiche e integrazioni, dal pensiero di Enzo Melandri (L. CABASSA, *Pratiche impure: immaginazione e contingenza alle origini della scienza moderna*, Tesi di dottorato in Open Access, 2023, <<https://flore.unifi.it/handle/2158/1338731>>).

¹⁰ Per una ricostruzione a mezzo d'archivio del pensiero di Cesarini Sforza, cfr. M. DALL'ACQUA (a cura di), *Il fondo Widar Cesarini Sforza*, Analisi, Bologna 1987 e G. DE LIGUORI, *Cronache di filosofia del diritto. Widar Cesarini Sforza e i suoi corrispondenti (1911-1965)*, in «Quaderni di storia dell'università di Torino», 6, 2004, pp. 203-338. Per chiudere una valutazione biografica dell'autore, va affrontata anche la sua partecipazione agli studi di diritto corporativo a Pisa, presso la Scuola di scienze corporative; cfr. per intanto M. CINI, *Un "laboratorio" per il corporativismo fascista: diplomati e laureati alla Scuola di scienze corporative e al corso di Scienze politico-corporative dell'università di Pisa (1928-1943)*, in «Annali di storia delle università italiane», 2019 (2), pp. 163-189.

¹¹ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946², p. 19.

sogno di rendersi conto della ragion d'essere del suo studio»¹². È richiesta al giurista, questa prestazione, ma va notato che, per Cesarini Sforza, in quanto la scienza giuridica è una scienza, essa la svolge già, poiché produce una concettualità dedicata al diritto, e questa si produce insieme al problema della sua stessa produzione: il giurista *coactus voluit, sed voluit* un intervento della riflessione filosofica. Si tratta, allora, di esplicitarla, a tutto vantaggio del pensiero scientifico.

Se il giurista, dopo aver materialmente accolto i dati della esperienza giuridica, quei dati che egli identifica con un certo blocco di diritto obbiettivo, perverrà a ricrearli nel proprio spirito, a riviverli – scriveva Cesarini Sforza – nel processo della loro creazione spirituale, conquisterà veramente il senso della *creazione giuridica* e della profonda armonia che ne regge i prodotti.¹³

*Non è vero e completo giurista chi non suonano le parole che Cesarini Sforza scriveva all'inizio della sua *Filosofia del diritto**¹⁴.

Se questa considerazione ci aiuterà a rispondere alla prima domanda che abbiamo posto sull'autore di *Il diritto dei privati*, non sembra aiutarci con la seconda, per rispondere alla quale a ragione Cesarini Sforza è stato inserito nello storiogramma di una «archeologia del diritto privato»¹⁵. Perché Cesarini Sforza ha sentito il bisogno di precisare che il suo diritto dei privati sia un diritto delle organizzazioni? È possibile, in altri termini, che sono quelli che ci interesseranno, seguire il tracciato che porta ciò che è privato a organizzarsi? E quali ostacoli si incontreranno? Quali siano, lo vedremo meglio, ma per ora diciamo questo: le riflessioni filosofiche cesariniane sono riuscite a darci un nome per il passaggio dai privati alle organizza-

¹² W. CESARINI SFORZA, *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, in «Rivista di Filosofia», 10, 1918, pp. 121-125, p. 122.

¹³ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., p. 28 (corsivo nel testo).

¹⁴ Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, cit., p. 1.

¹⁵ M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Rosenberg & Sellier, Torino 2022, pp. 125-143 e *passim*. Per il termine e una impostazione della ricerca, cfr. A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una "archeologia" del diritto privato moderno*, De Donato, Bari 1980.

zioni – il passaggio, per Cesarini Sforza, era compreso in una dialettica di soggettività e oggettività.

Pochi mesi prima di morire, nel 1965, egli scriveva che «soggettivismo e oggettivismo» sono «due forme di vita che non si possono contrapporre perché si convertono continuamente l'una nell'altra – e appunto in ciò consiste il ritmo vitale della realtà giuridica»¹⁶. E nelle pagine finali che, nel 1958, preparò per la terza edizione della sua *Filosofia del diritto*, egli aveva scritto che nell'«inarrestabile divenire della soggettività giuridica e conseguente continua rinnovazione dell'oggettività, consiste la vera, profonda storia del diritto»¹⁷. La dialettica che aveva in mente era quella che produce la realtà giuridica. Ma, in uno stesso modo, era la dialettica che aveva attraversato il pensiero scientifico tra ottocento e novecento, un pensiero del quale, perciò, bisognava percorrere il movimento – dal soggettivismo all'oggettivismo, e prima ancora dai sistemi di diritto privato alla scienza del diritto pubblico.

Le riflessioni filosofiche cesariniane si formarono accanto alla scienza giuridica e ne restituivano il movimento. Cercarono infine d'intervenire in questo movimento per favorirne la dialettica. Se questa dialettica è quella tra il diritto soggettivo e il diritto oggettivo, tra ciò che è proprio e ciò che è comune, cercheremo allora di capire come rispondere alla nostra prima domanda ci serva per rispondere alla seconda. Lo faremo imponendoci un limite di tempo: dal 1911, anno di pubblicazione del primo libro di Cesarini Sforza, i *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, al 1946, appena dopo la seconda guerra mondiale e appena prima che egli pubblicasse il suo *Diritto soggettivo*, nel 1947.

Partiremo cercando di capire come si debba concepire *La vita del diritto* (cap. 1) come il luogo di aggiornamento del pensiero scientifico all'estensione generale dei fenomeni giuridici e lo spazio della commozione dialettica tra soggettività e oggettività, spazio del quale Cesarini Sforza cercò di appropriarsi per spiegare la sua idea del diritto come espressione di tensioni individuali; passeremo in rassegna tutte le ispirazioni cesariniane, i dibattiti attraverso i quali, nella prima metà del nove-

¹⁶ La citazione fa parte degli appunti inediti presi in vista della scrittura di un'introduzione alla traduzione di M. HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. IX, appunti trascritti nella propria *Presentazione* da Alessandro Baratta.

¹⁷ W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, cit., p. 184.

cento, Cesarini Sforza sentì parlare e si abituò a parlare di un diritto «vivente» e a distinguere, in diritto, tra un approccio scientifico e un approccio filosofico. Vedremo, quindi, come sorvegliare le *Impronte romanistiche* (cap. 2) della scienza giuridica, per restituirne il movimento e proporre strategie di scientificità alternative: in particolare, faremo vedere che, tra ottocento e novecento, la scienza giuridica italiana riuscì a proporsi come una scienza naturale e valuteremo questa proposta al tempo stesso come una petizione di autonomia contro l'ingerenza filosofica e come un'istanza di generalità per il pensiero scientifico, notando come ruolo chiave in questo processo abbiano le discipline che vanno sotto i nomi di civilistica e romanistica. Finiremo riflettendo su *Come volere l'azione altrui* (cap. 3), che, lo vedremo, è il contesto che Cesarini Sforza ha dato allo spunto che serve alla soggettività per esprimersi giuridicamente. In quest'ultimo capitolo, dobbiamo chiarire subito, non studieremo il trattamento giuridico dei soggetti, ma cercheremo di scalzare il presupposto, affermatosi nella naturalità della scienza giuridica, che il diritto soggettivo debba ricevere definizione da parte del diritto oggettivo¹⁸.

La carriera filosofica cesariniana può essere racchiusa entro gli estremi del tentativo di portare all'attenzione della scienza giuridica un diritto soggettivo, diciamo, *filosofico*. Non che questo lo allontanasse dalla scienza: per afferrare di che cosa si tratti, infatti, dovremo attraversare il movimento che, tra ottocento e novecento, portò il pensiero scientifico a presentarsi come una scienza giuridica *generale* e a procurare una rappresentazione univoca dei fenomeni giuridici; è in un tale movimento, che Cesarini Sforza scoprì la ragione di fare filosofia del diritto. Ma che egli non rimproverasse alla scienza la sua generalità, non ci deve portare a concludere che la sua filosofia non ne fosse una critica. Seguiremo, da questa prospettiva, il formarsi della sua convinzione che le riflessioni filosofiche debbano insistere sul rilievo produttivo della soggettività – e vorremo dire che una simile insistenza è il preliminare di ogni scavo della realtà giuridica che voglia speculare su come il diritto metta in forma i rapporti tra gli individui.

¹⁸ Cfr. R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2018 con W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo*, Estratto dal «Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto dell'università di Roma», 2, 1941, Edizioni Italiane, Roma 1941.

Che lo studio che si ha davanti sia preliminare, lo chiarisce il limite di tempo e, per altro verso, la sua natura monografica. Lo rende evidente, poi, il fatto che, rispetto all'odierna trattazione di Cesarini Sforza, ci si occuperà meglio di capire in che senso non solo le sue riflessioni siano peculiari se confrontate con gli altri autori dell'istituzionalismo, ma in che senso, anche, esse siano peculiari perché e in quanto furono riflessioni filosofiche. La filosofia del diritto, in Cesarini Sforza, ha a che fare con la scienza giuridica – e ha a che fare togliendo dalla sua rimozione un certo diritto soggettivo che dà luogo al diritto oggettivo. Ci limiteremo quindi a suggerire la possibilità che, davanti all'oggettività del diritto, si aprano gli spazi di una critica che tenga fermo un soggettivismo che non ha finito di dire tutto ciò che aveva da dire.

Cap. 1

La vita del diritto

1. Non la scienza ma la vita, disse il fascista – 2. La vita del diritto come dialettica di soggettività e oggettività – 3. La vita «libera» del diritto – 4. La vita naturale e positiva del diritto – 5. La vita del diritto come espressione della vita dell'individuo

Gramsci always wanted us to have true positivity of the will.
DOWNTOWN BOYS (live in Piattaforma, Umbertide)

Non la scienza ma la vita, disse il fascista

Widar Cesarini Sforza era fascista. Nel 1925, in occasione della sua nomina a direttore del quotidiano *il Resto del Carlino*, ottenne la tessera del PNF. Nel 1944, verso la fine della seconda guerra mondiale, fu deferito a causa della manifesta adesione delle sue posizioni scientifiche alle politiche del regime alla Commissione per l'epurazione universitaria, davanti alla quale si difese con una memoria manoscritta del 20 dicembre 1944, che gli avrebbe permesso di riprendere l'insegnamento nel dopoguerra, ma non fugava tutti i dubbi sul suo conto¹.

La sua carriera accademica lo aveva reso uno dei maggiori interpreti del corporativismo: fu lui a tenere i corsi di Diritto corporativo a Bologna e a Pisa e la stampa delle sue lezioni ebbe quattro edizioni, dal 1931 al 1935². Come membro della Scuola di scienze corporative di Pisa, inoltre, contribuì in esteso all'*Archivio di studi corporativi*, dove troviamo tanta sua produzione³.

¹ È possibile reperirne la trascrizione in appendice a M. PELÁEZ, *El aristócrata Widar Cesarini Sforza (1886-1965), catedrático de las facultades de jurisprudencia de Pisa y de Roma: veneno fascista en el pensamiento jurídico del siglo XX*, in «Contribuciones a las ciencias sociales», settembre 2008, <<https://www.eumed.net/rev/cccss/02/mjp.htm>>.

² *Corso di diritto corporativo*, CEDAM, Padova 1931 (1932², 1934³, 1935⁴). Da qui in poi, dove non specificato altrimenti, l'autore dei testi citati sarà sempre W. CESARINI SFORZA.

³ Segue l'elenco dei contributi cesariniani all'«Archivio di studi corporativi», con l'indicazione del titolo e l'annata, il fascicolo e le pagine: *Vincenzo Miceli*, 3, 1932 (1), pp. 79-94; *Corporativismo e scienza del diritto*, 3, 1932 (2), pp. 199-211; *Individuo e stato nelle corporazioni*, 4, 1933 (4), pp. 471-493; *Studi sul concetto di interesse generale*, 6, 1935 (1), pp. 51-64; *Preliminari sul diritto collettivo*, 7, 1936 (1), pp. 22-45; *Intorno alla II dichiarazione*, 8, 1937

Scrisse quindi per riviste dalla chiara impronta politica, come *Educazione fascista*, rassegna pubblicata dall'Istituto nazionale fascista di cultura⁴, *Commercio*, organo mensile della Confederazione fascista dei commercianti⁵, e *Il diritto del lavoro*, giornale diretto, come già anche l'*Archivio di studi corporativi*, da Giuseppe Bottai, che fu sottosegretario al ministero delle Corporazioni, dal 1926, e poi ministro, dal 1929⁶. Nel 1942, ormai professore di Filosofia del diritto alla Regia Università di Roma, Cesarini Sforza riunì i suoi interventi più significativi nel dibattito sul diritto corporativo in *Il corporativismo come esperienza giuridica*⁷. Il primo testo della raccolta era *Il diritto dei privati* (1929)⁸.

È facile cadere nel rischio di sottovalutare l'ampiezza di impegno della produzione corporativistica cesariniana, concentrandosi su opere meno compromesse politicamente, e in quello di ritenerla altra cosa dei suoi lavori più letti e studiati, senza restituire che alcuni di questi fecero parte a pieno titolo della riflessione di Cesarini Sforza sul diritto corporativo, che lo occupò dalla seconda metà degli anni venti fino ai primi anni quaranta.

(1), pp. 24-31; con F. CARLI, *Principii economico-giuridici del corporativismo*, 8, 1937 (3-4), pp. 309-323; *Premessa*, 9, 1938 (1), pp. 1-2 (nella quale Cesarini Sforza «si onora[va] di pubblicare» una serie di articoli di «un gruppo di studiosi tedeschi, a vario titolo eminenti nella vita scientifica e politica del III Reich», p. 1); *Proprietà e impresa*, 9, 1938 (2), pp. 165-177; *Intorno ai "Principii economico-giuridici del corporativismo"*, 9, 1938 (3), pp. 349-355; *Per la storia dei rapporti fra stato e corporazioni*, 9, 1938 (4), pp. 405-421; *Diritto corporativo vecchio e nuovo*, 13, 1942 (1), pp. 5-21.

⁴ Su «Educazione fascista» Cesarini Sforza pubblicò: *Proprietà ed espropriazione*, 7, 1929 (2), pp. 108-121 e *Il sentimento dello stato*, 7, 1929 (10), pp. 634-642.

⁵ Su «Commercio» Cesarini Sforza pubblicò: *Corporazioni e consorzi*, 9, 1936 (7), pp. 365-368; *Il commercio a dettaglio e la disciplina corporativa*, 10, 1937 (3), pp. 5-8; *L'unità della produzione nella Carta del lavoro*, 10, 1937 (4), pp. 24-26; *Dal diritto commerciale al diritto professionale*, 14, 1941 (2), pp. 11-12; *Le corporazioni e il problema del loro potenziamento*, 15, 1942 (1-2), pp. 13-14.

⁶ Cfr. *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, in «Il diritto del lavoro», 11, 1937, parte I, pp. 305-312. Sulla figura di Bottai e il suo rilievo nelle pubblicazioni giuridiche italiane a tema corporativistico, utilissimo per capire meglio il contesto nel quale ci stiamo muovendo, cfr. S. CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in «Politica del diritto», 1970, pp. 404-447.

⁷ *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1942.

⁸ *Il diritto dei privati*, in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 1-84. Il saggio era stato pubblicato per la prima volta in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4 (Nuova Serie), 1929 (1-2), pp. 43-124 (poi Giuffrè, Milano 1963 e ora Quodlibet, Macerata 2018).

Se lasceremo il corporativismo cesariniano sullo sfondo, chiariamo che il motivo non sarà che il diritto corporativo sia lontano dal cuore del suo pensiero: infatti, scritti di sicuro rilievo come gli *Studi sul concetto di interesse generale* (1935), i *Preliminari sul diritto collettivo* (1936) e *Proprietà e impresa* (1938)⁹ furono elaborati nel contesto della sua partecipazione ai dibattiti sulle trasformazioni sociali avviate dalle riforme fasciste della produzione, che ebbero inizio con la Carta del lavoro: la Carta fu approvata dal Gran consiglio del fascismo il 21 aprile 1927 e ci basterà affrontarne appena il contenuto per renderci conto della vicinanza di alcuni motivi corporativistici al pensiero cesariniano.

Se meno di dieci anni prima, l'11 agosto 1919, un altro documento, la Costituzione di Weimar, sanciva famosamente che *das Eigentum verpflichtet* (art. 153) – la proprietà comporta degli obblighi nel senso di un interesse generale (*zum Wohle der Allgemeinheit*) secondo il criterio del bene comune (*das Gemeine Beste*) – e se ciò rappresentò un cambio di passo importante rispetto all'immagine tradizionale della proprietà come il dominio esclusivo di una persona su una cosa, incrocio magari di una varietà di interessi, ma tutti particolari, la Carta del lavoro non doveva intaccare in misura minore lo statuto della proprietà; infatti, vi si dichiarava che l'«organizzazione privata della produzione» è «una funzione di interesse nazionale» e vi si statuiva che «l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato» (dich. VII). La normativa era imprenditoriale in senso proprio, cioè la proprietà si risolveva nell'impresa mettendosi al servizio della produzione; inoltre, il lavoro era definito come un «dovere sociale» (dich. II) e i settori produttivi erano irregimentati in corporazioni, che andavano a formare «l'organizzazione unitaria delle forze della produzione» e ne «rappresenta[va]no integralmente gli interessi» (dich. VI). Poiché poi alla produzione era riconosciuto un interesse che non si esauriva con la particolarità degli individui, le corporazioni erano «organi di Stato», costituendo ciò che veniva chiamandosi lo «Stato corporativo» (dich. VI)¹⁰.

⁹ Tutti pubblicati nell'*Archivio di studi corporativi* (vedi *supra*, n. 3).

¹⁰ Il testo della Carta è oggi consultabile sul sito della Gazzetta ufficiale come documento storico degli atti del Regno d'Italia.

Il dibattito che seguì all'emanazione della Carta si concentrò sulle modifiche apportate dal testo allo statuto della proprietà, che aveva implicazioni profonde per tutta la scienza giuridica. Di questo dibattito, si ebbe un momento saliente nei giorni tra il 5 e l'8 maggio 1932 a Ferrara, dove fu organizzato il secondo Convegno di studi sindacali e corporativi. Tra i fervidi sostenitori della proposta corporativistica, Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli davano notizia dell'occasione ferrarese nei *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, che i due studiosi dirigevano, dedicati alla riforma economica e sociale in corso¹¹. Nel fascicolo successivo della rivista, furono pubblicate le relazioni di Spirito, *Individuo e stato nella concezione corporativa* e Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, che tra le molte convenute a Ferrara possono essere considerate gli interventi d'indirizzo, le punte avanzate della proposta di modifica in senso corporativistico dell'ordinamento giuridico¹². Oltre al testo della Carta, considerare la ricezione di questa entro la scienza giuridica italiana è ciò che ci permetterà di inquadrare il rapporto di Cesarini Sforza con questo frangente insieme politico e teorico.

¹¹ Nella sezione *Notizie e commenti* dei «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (1), pp. 79-80 veniva resa evidente l'ufficialità del convegno. A presiederlo, infatti, ci sarebbero stati il ministro della Giustizia Rocco e il ministro delle Corporazioni Bottai, Si faceva sapere inoltre con tono incensatorio che i partecipanti avrebbero visitato «le organizzazioni sindacali di Ferrara, l'Università e le Bonifiche ferraresi» (p. 80).

¹² U. SPIRITO, *Individuo e stato nella concezione corporativa*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (2), pp. 84-99; A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (2), pp. 100-133. Su Spirito, ma fornendo un inquadramento del momento storico e teorico in esame, cfr. S. LANARO, *Appunti sul fascismo "di sinistra". La dottrina corporativa di Ugo Spirito*, in «Belfagor», 26, 1971 (5), pp. 577-599 e G. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in «Studi storici», 14, 1973 (1), pp. 61-113. Su Volpicelli, con uno sguardo alle sue influenze gentiliane, cfr. F. D'URSO, *Logica e storia: l'attualismo giuridico di Arnaldo Volpicelli*, in «Etica & Politica», 22, 2020 (1), pp. 473-489. Spirito e Volpicelli lavorarono intensamente in appoggio scientifico al regime fascista, spingendo per una revisione corporativistica della scienza economica e giuridica. Cfr. U. SPIRITO, *La critica dell'economia liberale*, Fratelli Treves, Milano 1930; *I fondamenti dell'economia corporativa*, Fratelli Treves, Milano 1935² (1932¹); *Capitalismo e corporativismo*, Sansoni, Firenze 1934³ (1933¹); gli ultimi due testi raccolti poi in: *Corporativismo*, Sansoni, Firenze 1970, insieme a *Dall'economia liberale al corporativismo*, Principato, Milano-Messina 1938); e A. VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 4, 1930 (3-4), pp. 161-172; *Corporativismo e scienza giuridica*, Sansoni, Firenze 1934.

Sebbene Spirito e Volpicelli affermassero, con una certa retorica, che la «nuova scienza non è accademia», dovendo ispirarsi al «*principio del divenire e della vitalità, tutt'altro che esaurita, del corporativismo*»¹³, a Ferrara ci fu l'occasione di confrontarsi con lo stato dell'arte della scienza giuridica italiana, tutta convocata per aggiornarsi ai cambiamenti in via di attuazione¹⁴. Cesarini Sforza non fece eccezione. Benché non fu presente nelle giornate ferraresi, partecipò attivamente al dibattito, che lo toccò nel vivo quando, in una scaramuccia con Volpicelli, Santi Romano sollevò il tema del rapporto tra gli individui e lo stato. Si parlava di individui e stato, ma veniva in questione la preferenza privatistica o pubblicistica della scienza giuridica, un'impasse che Spirito e Volpicelli non erano i primi a invitare a risolvere con un occhio al carattere *vitale* del diritto.

¹³ LA DIREZIONE, *Il II Convegno di studi sindacali e corporativi*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (2), pp. 81-83, rispettivamente pp. 81 e 82 (corsivo nel testo).

¹⁴ A Ferrara furono invitati alcuni dei maggiori esponenti del mondo accademico giuridico italiano di allora (il programma completo del convegno si può trovare in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (1), pp. 81-82, ma molti più furono i partecipanti tra il pubblico, tra i quali Francesco Carnelutti, Sergio Panunzio e Adolfo Ravà). Che la discussione riguardasse innanzitutto la riorganizzazione scientifica degli studi giuridici lo dimostra l'alto grado di inattuazione e marginalità della riforma corporativistica. Se la novità del diritto corporativo doveva consistere nella creazione di un ponte tra diritto privato e diritto pubblico, del resto esso rimase tra i *desiderata*, mentre il regime fascista si servì di uno strumentario molto più diretto e classico di intervento statale; cfr. S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in «Quaderni storici delle Marche», 9, 1968, pp. 402-457. Il corporativismo fornì forse meglio un luogo accademico di discussione di alcuni presupposti scientifici del diritto e la sua esperienza può essere inserita nel processo che portò alla formulazione del diritto del lavoro nella sua autonomia; cfr. G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, pp. 511-629 (in particolare le pp. 580-617 dedicate al corporativismo). Alcuni degli strumenti giuridici elaborati durante questa esperienza, poi, si inseriscono più facilmente all'inizio di un itinerario che l'istituto della proprietà con la sua funzione sociale avrebbe seguito nella seconda metà del novecento, itinerario che ha ben poco a che fare con l'applicazione della Carta del lavoro; cfr. S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 14, 1960 (3), pp. 1252-1341 (in particolare le pagine introduttive, nelle quali è importante la figura di Salvatore Pugliatti, il quale chiamava «nuovo diritto» quello che si formò prima con il corporativismo e poi con la sua caduta: S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano 1964² (1954¹), dove si raccoglievano lavori degli anni trenta e quaranta, oltre al saggio originale *La proprietà e le proprietà*, pp. 145-309).

Romano, invitato a parlare al convegno¹⁵, partecipò alla discussione che seguì l'intervento di Volpicelli, il quale, non avendo avuto il tempo di ribattere durante la seduta (Romano si alzò per parlare appena prima della fine della sessione), pubblicò una replica in calce alla sua relazione sui *Nuovi studi*. Volpicelli, riassumendo le critiche rivoltegli da Romano, riportava che questi obiettò con decisione alla sua riduzione degli individui a organi dello stato¹⁶. Il senso di questa riduzione ci fa capire le intenzioni, per niente celate, del tentativo e della proposta di Spirito e Volpicelli: era una torsione corporativistica della rifondazione pubblicistica del diritto, della quale Romano era stato tra i protagonisti in Italia¹⁷. Oggetto dell'alterco tra Romano e Volpicelli era fin dove spingere il rilievo dello stato per il diritto e l'impostazione che ne risultava assegnata alla scienza giuridica.

Concepire gli individui come organi dello stato chiudeva il mondo del diritto entro lo stato, che organizzava l'iniziativa individuale (concepita a sua volta come la loro «impresa») entro le corporazioni che irregimentavano la produzione. Nell'idea di Spirito e Volpicelli, la Carta del lavoro permetteva di superare il dualismo tra privato e pubblico: se gli individui non sono proprietari ma «imprenditori», e partecipano alla produzione nei modi adibiti dalla organizzazione dello «Stato corporativo», non c'è spazio per la difficile dialettica tra gli individui e lo stato che aveva impegnato a lungo la scienza giuridica, senza che fosse riuscita a trovarle una soluzione. Obiettando alla riduzione degli individui a organi dello stato, invece, Romano segnalava la volontà di mantenere aperta quella dialettica.

Fu questa volontà, condivisa da Cesarini Sforza, che spinse quest'ultimo a partecipare anch'egli al dibattito iniziato durante il convegno ferrarese. È dal punto

¹⁵ Sua fu una relazione sulla *Natura giuridica della norma corporativa* (che s'immagina sviluppasse i temi di S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in «Archivio di studi corporativi», 1, 1930 (1), pp. 27-46).

¹⁶ Cfr. A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 129-130 per il resoconto dell'intervento di Romano.

¹⁷ La complessità del pensiero romaniano, che supera di molto il solo ambito del diritto pubblico, è stata affrontata di recente dagli interventi in M. CROCE (a cura di), *Un dialogo su Santi Romano: crisi, istituzioni, tecniche*, ETS, Pisa 2023. Questo, tuttavia, non toglie che, agli occhi dei suoi contemporanei e dello stesso Romano, il suo lavoro e la sua proposta teorica fossero soprattutto il tentativo di raffinare l'armamentario concettuale a disposizione della pubblicistica, per adeguarlo alle stesse raffinatezze scientifiche raggiunte dal diritto privato nell'ottocento.

di vista di questa comunità di intenti con Romano, piú rara a vedersi di quanto non ci si immagini, e nella distanza da Spirito e soprattutto da Volpicelli, che apprezzeremo il peso del corporativismo sul pensiero cesariniano.

Per Spirito, la Carta del lavoro metteva mano a una «trasformazione in senso pubblicistico»¹⁸ della proprietà per risolvere le antinomie generate dal dualismo irriducibile di privato e pubblico, dualismo che si esasperava «col crescere della collettività interessata alla vita sociale»¹⁹. Nella produzione si manifestavano fenomeni di coordinamento tra privato e pubblico, sostituendo la cooperazione alla lotta di classe; una netta distinzione tra individui e stato non era possibile, perché gli individui che lavorano non rimanevano piú nella loro sfera privata, bensí partecipavano all'organizzazione dell'impresa, rendendo obsoleta la distinzione tra «capitale e lavoro»²⁰. Giusta questa trasformazione, lo iato tra privato e pubblico doveva essere superato per quanto attiene alla forma giuridica della società. La soluzione di Spirito era la «*corporazione proprietaria*», che consentiva «un'effettiva immedesimazione della vita economica individuale con quella statale»²¹. La proprietà generata nella produzione veniva distribuita dalla corporazione agli individui che comproprietari a vario titolo, a seconda del loro ruolo o mansione, se ne suddividevano gli utili. Facendo parte dello stato, del quale la corporazione è organo, la proprietà privata diveniva in immediato proprietà statale.

Ora, se gli individui non potevano essere distinti dallo stato, nemmeno era possibile definire lo stato in modo da distinguerlo dagli individui. Secondo Spirito, la scienza economica (alla quale egli dirigeva gli sforzi maggiori, per trarne ispirazione giuridica) si assestava su un criterio euristico, contrapponendo «governo e governati» per riuscire a separare e definire lo stato – e tale criterio servirebbe con successo allo scopo, «se fosse possibile in realtà individuare non arbitrariamente

¹⁸ U. SPIRITO, *Individuo e stato*, cit., p. 84.

¹⁹ U. SPIRITO, *Individuo e stato*, cit., p. 88.

²⁰ U. SPIRITO, *Individuo e stato*, cit., p. 89.

²¹ U. SPIRITO, *Individuo e stato*, cit., p. 90 (corsivo nel testo).

il concetto di governante; se fosse possibile, in altri termini, distinguere di fatto i governanti dai governati, ossia la volontà e l'azione economica dei governanti dalla volontà e dall'azione economica dei governati»²². Non essendo possibile tracciare una linea che precisi una volta per tutte chi occupa il governo, ogni distinzione tra individui e stato doveva rimanere arbitraria. La funzione governativa era diffusa nella gerarchia sociale (che gerarchia ci fosse non era messo in dubbio), ovunque essendoci «azione, e cioè governo», in quell'«organismo unico armonicamente costituito», che solo possiamo chiamare con il nome di stato e «con il quale l'individuo, in quanto animale sociale, non può non coincidere assolutamente»²³.

Per arrivare a conclusioni simili, Volpicelli partiva dal «rapporto fra diritto e politica» che andava tenuto presente formulando i principi scientifici del diritto, o altrimenti rimaneva carente la soddisfazione del presupposto di ogni buona scientificità – questo era «una congrua e sempre nuova elaborazione formale della vita concreta nel suo incessante sviluppo»²⁴. D'altronde, la politica non poteva confondersi con il «dato politico», cioè «il documento o l'atto in cui si esprime la volontà del governo», non poteva limitarsi, quindi, alla «positiva attività dello Stato (del governo e dei partiti)», ma doveva essere il richiamo «alla più intima vita animatrice del corso storico», che era una cosa sola con le pratiche diffuse e costanti, con la medesima attività che rende sempre antiquata la separazione tra stato e individui, generando linee di complicità²⁵. Non dimenticarsi del rapporto che il diritto ha con la politica, allora, voleva dire anche per Volpicelli concepire un diritto che superasse la «distinzione tra diritto pubblico e diritto privato»: era questa l'ostacolo maggiore alla riorganizzazione di una scienza giuridica che non si accontentasse di «sistemare i nuovi istituti in base ai vecchi principi»²⁶. Superato quest'ostacolo, era possibile accedere a una dimensione filosofica e scientifica che avvicinasse il diritto alla «vita concreta», dalla quale lo aveva rimosso la stessa scienza giuridica attardandosi nel puntiglio delle distinzioni.

²² U. SPIRITO, *I fondamenti dell'economia corporativa*, cit., p. 37.

²³ U. SPIRITO, *I fondamenti dell'economia corporativa*, cit., p. 38.

²⁴ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 101 (corsivo nel testo).

²⁵ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 101-102 (corsivo nel testo).

²⁶ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 104.

Volpicelli, da una parte, riconosceva a Romano il merito di avere aperto alla considerazione giuridica della politica, concependo il diritto secondo il concetto di istituzione, ma, dall'altra, criticava il pluralismo che ne conseguiva²⁷. Secondo Volpicelli, Romano si era dimenticato che il diritto è la «struttura normativa della società»²⁸, cioè si era dimenticato che criticare lo stato in quanto definito attraverso la sua funzione governativa non esime dal compito di formulare una nozione di stato più coerente e comprensiva. Il diritto riceve dalla politica una spinta che gli dà vita, ma esso le impone a sua volta l'esigenza di un ordine – e questo ordine è lo stato, un ordine che, pur tenendo conto dei movimenti della politica e rinnovandosi di conseguenza, tuttavia impone uno scarto normativo rispetto a essa. Lo stato fa un passo verso la società, ma non si dissolve nelle sue molte organizzazioni. Così, e solo così, poteva essere superata la distinzione tra privato e pubblico, tra gli individui e lo stato, una distinzione che, nel pluralismo romaniano, ricompariva ogni volta che si volessero prendere in considerazione i rapporti tra le molte istituzioni, che non avevano un solo principio a guidare le loro relazioni.

Se la società fosse eterogenea, com'era nel pluralismo romaniano, gli individui parteciperebbero a vario titolo alle diverse istituzioni. Si creerebbe perciò una distanza tra il senso dello stato, che è unitario, e le molte ragioni individuali di partecipazione istituzionale: la distinzione tra pubblico e privato si riproporrebbe invariata. Per eliminarla, occorre che lo stato comprendesse la società, facendo valere l'impianto normativo adibito dal diritto – e, dunque, rimodulando normativamente la partecipazione estinguendo la differenza tra stato e società: le azioni di ogni individuo formano lo stato, in quanto si attuano in corrispondenza di interessi che non sono quelli di ciascuno, ma sono sempre sociali. «Individuo e società», scriveva Volpicelli, «sono per il diritto un'unica e medesima cosa»: se da una parte lo stato si realizza nelle azioni degli individui, dall'altra gli individui realizzano il

²⁷ Su Romano e la novità del suo pluralismo, cfr. un commentatore d'annata come il suo maestro V. E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato (Ordinamento giuridico – regola di diritto – istituzione)*, in «Rivista di diritto pubblico», 18, 1926 (1), pp. 273-307; ma cfr. meglio le pagine dedicate al pluralismo romaniano in M. CROCE e M. GOLDONI, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University Press, Stanford CA 2020.

²⁸ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 116.

principio ordinatore che si riassume nello stato. Perciò Volpicelli poteva dire che, laddove c'è un individuo, «c'è solo e sempre un organo dello Stato»²⁹.

Chiamato in causa, Romano si dové sentire obbligato ad alzarsi e replicare e, secondo quanto ci riferisce lo stesso Volpicelli con franchezza, lo fece criticando la sua considerazione dell'individuo come un organo dello stato³⁰. «Altro è l'elemento che *compone* lo Stato, altro è viceversa chi *agisce per* lo Stato e attua la volontà dello Stato»³¹ – era questa l'obiezione fondamentale di Romano, nascosta dietro la lucidità del dettaglio tecnico, come spesso gli accadeva. Bisognava distinguere tra l'individuo in quanto lo si considera parte *dello* stato e l'individuo in quanto lo si considera nella funzione che svolge *per lo* stato. In quest'ultimo caso, venendo incaricato di un ufficio pubblico, l'individuo è un organo statale, ma, svolgendo semplicemente la sua attività individuale, l'individuo non è sussumibile allo stato senza scarti o residui, per quanto ne faccia parte. Lo stato è di formazione necessaria: è un ente del quale si viene a fare parte per necessità, senza cioè che, per sostenersi, la partecipazione richieda contributi individuali di sorta. Invece, gli organi statali sono di formazione volontaria: sono gli uffici che sorreggono l'organizzazione dello stato e dei quali assumersi l'incarico non è né può essere una necessità.

²⁹ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 116-117 (corsivo nel testo). È «per il diritto» che individuo e società sono la stessa cosa. Il nemmeno troppo velato rimprovero a Romano era quello di aver sacrificato il diritto a una prospettiva sociologica, senza rendere ragione del fatto che lo stato e la norma costituiscono l'orizzonte proprio della scienza giuridica, che senza di essi disconosce la propria scientificità caratteristica. È quella che si chiama l'accusa di sociologismo, rivolta a Romano da più parti e non solo da Volpicelli. Biasimato era soprattutto il suo lavoro fondamentale del 1917-1918, *L'ordinamento giuridico*. Quando ne curò una seconda edizione (1946), aggiungendo un corredo di note nelle quali si considerava la ricezione del libro nel periodo di quasi trent'anni tra le due edizioni, Romano, per l'appunto, insisté soprattutto a difendersi da questa accusa, che riteneva particolarmente ingiuriosa; cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata 2018 (Spoerri, Pisa 1918¹ e Sansoni, Firenze 1946²), in particolare le nn. 30^{bis}, 30^{ter}, 33^{bis}, 69^{bis}. Romano non mancò mai di affermare che chi lo accusava di sociologismo avesse frainteso massimamente il suo pensiero, per lui in tutto e per tutto giuridico.

³⁰ Il convegno ferrarese non fu l'unica occasione nella quale Romano affrontò il discorso; cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Quodlibet, Macerata 2019 (Giuffrè, Milano 1947¹), voce «Organi», pp. 181-208. Se n'era già occupato brevemente in *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 83-84.

³¹ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 129-130 (corsivo nel testo).

Gli organi formano l'organizzazione dello stato, gli permettono di agire. Sono gli uffici deputati a svolgere la sua attività, le funzioni che riconosce come proprie e che appresta gli strumenti per svolgere. Assumere che ogni individuo, in quanto individuo, è un organo dello stato, come faceva Volpicelli, significava disperdere il concetto di organizzazione, dire che lo stato non ha affatto una organizzazione riconoscibile come tale e perciò, da ultimo, che non ha nemmeno il modo di portare a termine la propria iniziativa. Nella fretta di superare il dualismo di privato e pubblico Volpicelli, per Romano, non si accorgeva che alla parola «organizzazione» aveva tolto ogni significato.

Romano, che pure aveva scritto che «il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico»³², vedeva nelle posizioni di Volpicelli (e s'immagina in quelle coincidenti di Spirito) una distorsione del proprio tentativo pubblicistico. Spirito e Volpicelli lavoravano alla scomparsa completa della prospettiva privatistica: nella sua risposta a Volpicelli, con una dose di ironia molto accademica Romano diceva che, portando agli estremi la concezione dell'individuo come organo dello stato, si arrivava all'assurdità per la quale, se si «compra da Volpicelli, Volpicelli sarebbe un organo dello Stato»³³. Se un'attività qualsiasi, anche quella di compravendita tra privati, rientra nell'organizzazione statale, poiché gli individui sono considerati come organi dello stato e si presume che compiano ogni loro azione realizzando quella loro posizione, allora, per Romano, non c'era modo di rintracciare con un minimo di rigore l'organizzazione stessa, che si vanificava nelle molte transazioni del commercio, anche quello più quotidiano.

Tutto ritorna all'identificazione di stato e società: se si nega la pluralità istituzionale che la società porta all'attenzione del giurista, allora ogni comportamento individuale è *ipso facto* statale, fino all'assurdo di eliminare ogni attività oltre quella dello stato, un'attività, però, l'attività statale, che non riusciremmo più a indicare con precisione, avendola dispersa ovunque. Vengono a mente le parole di Romano, quando scriveva che «il concetto di organizzazione non può servire pel giu-

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 24.

³³ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 130.

rista finché non si riduca a concetto giuridico»³⁴: se vuole parlare di organizzazione, la scienza giuridica deve disporre dei criteri per definirla e saperla circoscrivere. Quando parliamo di organizzazione, dobbiamo riferirci a una composizione determinata di organi – uffici incaricati e funzioni definite che consentono di restituire la specificità giuridica di una istituzione. Se invece chiamiamo stato qualunque fenomeno organizzativo, non ci stiamo occupando delle specifiche necessarie e trascuriamo le molte correnti compositive che caratterizzano ogni istituzione. Sovrapponendo un'istanza unitaria alle varie istanze istituzionali, perdiamo la capacità di scendere nei dettagli che l'organizzazione richiede.

Se si è riusciti a dire che «dove gli altri unificano e sintetizzano, Cesarini analizza e separa, dove tutto sembra coincidere e confondersi, Cesarini isola e disgiunge»³⁵, si potrà capire che, tra il richiamo volpicelliano alla vitalità politica del diritto e la precisione e lucidità romaniane, Cesarini Sforza preferisse decisamente le seconde. Veniamo quindi al suo contributo. Egli intervenne nel dibattito con un articolo dello stesso anno, *Corporativismo e scienza del diritto* (1932)³⁶, dove, a tutta prima, sembrava pronto a concedere a Volpicelli qualcosa in più di quanto non avesse fatto Romano. «L'istituzione, dice bene Volpicelli – scriveva –, è solo e necessariamente l'attuazione concreta della norma istituzionale; essa può [...] costituirsi, vivere ed operare nella realtà in quanto è sostenuta da una norma che l'organizza»³⁷. Non c'è diritto se non c'è un impianto normativo a sostenerlo e, essendo «norma d'organizzazione», la norma serve a conferire unità all'istituzione³⁸.

³⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 48.

³⁵ N. IRTI, *Un inquieto dialogo sul corporativismo (proprietà e impresa in W. Cesarini Sforza)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 41, 1987 (1), pp. 237-245, p. 244. Il saggio offre una ricostruzione e un'analisi puntuali della partecipazione cesariniana al dibattito seguito al convegno ferrarese.

³⁶ Pubblicato nell'*Archivio di studi corporativi* (vedi *supra*, n. 3) e subito dopo estratto in opuscolo per facilitarne la diffusione (*Corporativismo e Scienza del diritto*, Pacini Mariotti, Pisa 1932, dal quale citeremo). Volpicelli rispose a stretto giro, testimoniando che Cesarini Sforza non era ritenuto esterno al dibattito o una figura ininfluyente; cfr. A. VOLPICELLI, *Corporativismo e scienza del diritto. Risposta al prof. Cesarini Sforza*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (6), pp. 299-321.

³⁷ *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 5, n. 1.

³⁸ *Ibidem*. Cesarini Sforza si concedeva perfino un'eco normativistica, sostenendo che, da ultimo, l'organizzazione fosse la riconduzione o il riferimento di tutte le norme «ad una

La critica alla posteriorità della norma rispetto all'istituzione, che era stata sostenuta da Romano³⁹, avvicinava Cesarini Sforza a Volpicelli. Tuttavia, egli non si capacitava di come quest'ultimo potesse dire che normatività e statalità fossero una cosa sola: certo è vero che «ogni organizzazione non può essere che *unitaria*», ma «ciò non significa che essa sia *unica*, vale a dire, che di organizzazioni non ve ne sia che una. Scambiando l'unitarietà con l'unicità, sembra che vi sia una sola organizzazione sociale, lo Stato»⁴⁰.

Il pluralismo romaniano aiutava Cesarini Sforza a notare come nella vitalità da Volpicelli assegnata al diritto ci fosse qualcosa di ideologico, che provocava il dissesto della razionalità riservata dalla scienza giuridica al concetto di individuo. Così egli riassumeva le posizioni volpicelliane: «nella sua concreta azione l'individuo può credere di operare individualmente, con volontà, interessi e fini particolarmente suoi, ma in realtà è la società o lo Stato – per Volpicelli erano la stessa cosa – che in lui opera, e quella (*sic*) volontà, interessi e fini non sono mai individuali, ma sempre sociali o statuali»⁴¹. Cesarini Sforza obiettava con rigore che la tendenza era al restringersi della «zona già sacra alla libertà individuale, soprattutto (*sic*) [...] in rapporto alle attività economiche»⁴² – e che l'azione degli individui ne risultava cambiata di significato, poiché «[chi] agirà sarà sempre l'individuo, ma la sua non sarà un'azione facoltativa, bensì obbligatoria»⁴³.

prima, suprema ed insuperabile norma (la *Grundnorm* di Kelsen)» (*ibidem*) che caratterizza e contraddistingue un ordinamento giuridico.

³⁹ Cfr. famosamente S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 29-30, dove l'ordinamento giuridico è «un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto (*sic*), muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività» e «non un elemento della sua struttura».

⁴⁰ *Ibidem* (corsivo nel testo). Nel suo intervento, Romano aveva affermato che il dissenso con Volpicelli «si limita[va] alla questione dell'unità o della pluralità degli ordinamenti giuridici» (il problema era che, puntando sull'unità dello stato, Volpicelli arrivava a vedere «in ogni manifestazione soggettiva una manifestazione dello Stato», A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 129). Nonostante le concessioni a Volpicelli, Cesarini Sforza concordava con l'analisi di Romano: il pericolo della tesi vitalistica volpicelliana era di vedere esaurito l'orizzonte giuridico nelle sole manifestazioni del diritto statale.

⁴¹ *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 10.

⁴² *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 12.

⁴³ *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 13.

La critica non riguardava tanto la restrizione della libertà di per sé⁴⁴, quanto la capacità della rifondazione corporativistica della scienza giuridica di descrivere il mondo del diritto⁴⁵. Aveva ragione Romano a dire che, senza il suo appunto pluralistico, non rimaneva niente a giustificare la specificità organizzativa di un'istituzione. Ma c'era di più. Infatti, non era soltanto da un orizzonte istituzionalistico che il corporativismo degli Spirito e dei Volpicelli poteva essere criticato, perché esso riscriveva il senso di un istituto come quello della proprietà, che la scienza giuridica aveva ritenuto portante della sua rappresentazione del diritto. Per accorgercene dobbiamo iniziare a notare che qualche anno dopo, nel 1938, il dibattito non si era certo risolto; solo, con la chiusura dei *Nuovi studi* nel 1935, la discussione continuava altrove in merito alla funzione sociale della proprietà⁴⁶.

⁴⁴ «Si può volere più o meno ridotta la zona della libertà individuale e più o meno veloce il processo di riduzione» (*ibidem*). Ciò non toglie che, per contrapporsi allo statalismo di Spirito e Volpicelli, Cesarini Sforza si ispirasse a un certo liberalismo, ma la sua posizione è ambigua, non mancando di richiami all'«interesse nazionale».

⁴⁵ La critica cesariniana a Volpicelli assumeva tratti curiosi, come quando Cesarini Sforza cercò di portare all'assurdo le tesi volpicelliane derivandone un'equazione tra i comportamenti illeciti e il diritto privato. Per Cesarini Sforza, l'organizzazione andava osservata nella sua specificità normativa e, pure appoggiandosi alla regolarità dei comportamenti, la normatività doveva saper insistere sulla propria violazione, cioè sui casi di irregolarità. Ma, tenendo per buona la concezione di Volpicelli, in base alla quale ogni individuo era un organo dello stato, ogni comportamento rientrerebbe fin da subito, quasi per definizione, in una sola regolarità, la regolarità statale. In questa piega pubblicistica che si dava al diritto, si doveva giungere alla conclusione che ogni illecito costituirebbe diritto privato, poiché l'inadempimento in genere sarebbe l'unica cosa rimasta fuori dal diritto pubblico. Cfr. *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 15: «il debitore inadempiente e il ladro verrebbero ad essere, secondo la logica del sistema, non soltanto dei disorganizzati, ma anche – ed appunto per ciò – dei campioni del diritto privato». Cesarini Sforza argomentava che Spirito e Volpicelli non erano riusciti a superare l'alternativa di pubblico e privato, ma l'avevano sostituita con quella di organizzazione e disorganizzazione, puntando su un'estensione del primo concetto che non lasciava spazio al secondo. Quando però la trama dell'organizzazione si smaglia e si danno comportamenti irregolari (*contra legem*), non resta altra scelta tranne che precipitarli nella sfera del diritto privato, se ne si vuole fare una considerazione giuridica, perché la pubblicità si è appropriata di tutto l'arco della regolarità e al tempo stesso non si è pensato di costituire un metodo di analisi dedicato a ciò che non sia diritto pubblico, nella convinzione erronea che per definizione tutto il diritto sia come tale perciò stesso pubblico.

⁴⁶ Cfr. A. JANNARELLI, *Il dibattito sulla proprietà privata negli anni trenta del novecento*, in «Agricoltura – Istituzioni – Mercati», 4, 2007 (1), pp. 21-52.

Il 1938 è l'anno in cui Cesarini Sforza mandava all'*Archivio di studi corporativi* il suo *Proprietà e impresa*, che ci permette di inquadrare il nostro discorso nel contesto delle trasformazioni sociali alle quali Spirito faceva riferimento e in quelle auspiccate dalla Carta del lavoro⁴⁷. Quando parliamo della funzione sociale della proprietà, stiamo ancora parlando del rapporto tra gli individui e lo stato e di ciò che ne deriva per l'impostazione della scienza giuridica. «Il diritto di proprietà è per eccellenza un diritto privato, anzi è il perno di tutto il sistema dei diritti privati»⁴⁸, affermava Cesarini Sforza. Se è così, si capisce perché l'istituto della proprietà dovesse essere il terreno di scontro privilegiato di una rifondazione pubblicistica del diritto ispirata allo stesso senso del corporativismo di Spirito e Volpicelli: pubblicizzata la proprietà, pubblicizzato il diritto. Cesarini Sforza era molto fermo invece nella rivendicazione del carattere privatistico dell'istituto. Ai fini del nostro discorso, interessa capire perché⁴⁹.

⁴⁷ Si volle includere *Proprietà e impresa* nel volume collettaneo curato dalla CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *La concezione fascista della proprietà privata*, Arte della stampa, Roma 1939 (ma citeremo dall'edizione per l'*Archivio di studi corporativi*, vedi n. 3), nel quale furono inseriti molti dei contributi più rilevanti in merito alla ristrutturazione dell'istituto della proprietà a partire dalle novità sancite dalla Carta del lavoro (furono raccolti lavori di Filippo Carli, Francesco Ferrara, Sergio Panunzio, Salvatore Pugliatti, Santi Romano, Filippo Vassalli). Il dibattito, del resto, non riguardava più soltanto il documento del 1927, perché intanto erano iniziate a circolare le prime stesure del nuovo codice civile, che sarebbe stato approvato nel 1942. La discussione verteva su quanto dei principi emersi dalla Carta del lavoro dovesse essere accettato nella nuova legislazione. Cesarini Sforza seguì attentamente la vicenda della definizione della proprietà nel nuovo codice; oltre a *Proprietà e impresa*, cfr. *Codice civile e Carta del lavoro nella definizione della proprietà*, in «Stato e diritto», 2, 1941 (2), pp. 99-106. Per un inquadramento di massima della codificazione civilistica in Italia e un'ampia rassegna bibliografica sull'argomento, cfr. N. ROSARIO, *Codice civile*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, pp. 240-250. Ma cfr. soprattutto F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1 (Terza Serie), 1947 (1-4), pp. 76-107; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista del diritto commerciale», 65, 1967 (1), pp. 83-99; e in una prospettiva europea F. WIEACKER, *Il modello sociale dei codici civili europei e l'evoluzione della società moderna*, in «Nuova rivista di diritto commerciale», 5, 1952 (1), pp. 125-133.

⁴⁸ *Proprietà e impresa*, cit., p. 168.

⁴⁹ Anziché renderla sinonimo di disorganizzazione, nella concezione secondo cui l'unica regolarità possibile era quella pubblica e ogni comportamento regolare veniva ricondotto allo stato, in Cesarini Sforza tale carattere privatistico segnalava nella proprietà un'organizzazione derivante dalle molte azioni d'iniziativa individuale.

Sostenere che la proprietà avesse una funzione sociale derivava, per Cesarini Sforza, da una «confusione d'idee»⁵⁰. La proprietà aveva ricevuto la sua sistemazione nei codici civili ottocenteschi, da quello napoleonico in poi, una codificazione che ne coglieva l'essenza – quella di essere un diritto assoluto al godimento e alla disposizione delle cose. I codici aggiungevano che godimento e disposizione sono esercitati nei limiti imposti dall'ordinamento giuridico, ma limitare un diritto non significa togliergli di assolutezza: entro i limiti che l'ordinamento giuridico ha posto, il diritto resta assoluto. Se l'ordinamento giuridico sanciva i luoghi dove il diritto aveva modo di valere, il diritto di proprietà rimaneva lo stesso ovunque⁵¹. Quando si sosteneva che la proprietà avesse una funzione sociale, si intendeva che, pur restando di proprietà, la cosa non poteva essere goduta o disposta in qualsiasi maniera, perché a essa venivano riconosciuti un'utilità e un interesse che non si esauriscono in quelli dell'individuo, ma riguardano un piano che lo esorbita. L'ordinamento giuridico non limitava solo i luoghi dove poter parlare di proprietà, ma si occupava anche di specificare ciò che, in quei luoghi, doveva avvenire. Con l'affermarsi della funzione sociale della proprietà, si tendeva a sopprimere lo *ius abutendi* (in caso di rilievo sociale o culturale di una produzione o di un oggetto, chi ne detiene la proprietà non può interromperla o distruggerlo) e a imporre limiti alla perpetuità del dominio sulla cosa (la proprietà intellettuale può passare agli eredi diretti, ma dopo si estingue, così come un brevetto non può essere detenuto a lungo, se ne viene riconosciuto l'interesse ma non viene utilizzato), mentre alla figura di proprietario venivano associati numerosi doveri sociali, gli stessi doveri di cui parlava la Carta del 1927 quando si riferiva al lavoro⁵².

⁵⁰ *Proprietà e impresa*, cit., p. 165.

⁵¹ La definizione napoleonica voleva che la proprietà fosse «*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*» (*Code civil des français*, 1804, art. 544), definizione tradotta alla lettera dal vecchio codice civile italiano del 1865: «La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti» (art. 436). Sulla storia della proprietà fino alla codificazione ottocentesca, cfr. per tutti P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 17, 1988, pp. 359-422.

⁵² La proprietà diventava, come scriveva Enrico Finzi, «forse più che un diritto, un centro onde si irraggiano infiniti doveri». Era «una tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso» che, tuttavia, alterava nel profondo tale conte-

Per Cesarini Sforza, finché le si interpretava alla luce di una pretesa funzione sociale della proprietà, si fraintendevano le trasformazioni in corso. Un istituto può cambiare, aggiornandosi alle novità con le quali è chiamato a confrontarsi, ma può anche scomparire, qualora la sua concettualità non sia verificata. Nel nostro caso, il cambiamento era tanto repentino e le trasformazioni così accentuate che, «sostituendosi gli obblighi ai diritti, la proprietà, che è precisamente un diritto, scompare, vien meno»⁵³. Per quelle realtà, per le quali veniva sancita la funzione sociale della proprietà, di proprietà non si sarebbe dovuto parlare affatto: un'accentuazione pubblicistica della disciplina in materia di proprietà rischiava di smarrire del tutto il senso dell'istituto. Perciò, ricercare uno spostamento della trattazione dal diritto privato al diritto pubblico era un errore da non commettere, se si volevano sorvegliare da vicino le novità che interessavano le situazioni tradizionalmente riferite come proprietarie. Con riguardo alla trattazione allora più avanzata in merito, Cesarini Sforza distingueva quindi la proprietà dall'impresa⁵⁴.

nuto e il diritto (E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in «Archivio giuridico», 5 (Quarta Serie), 1923, pp. 52-72, pp. 58-59).

⁵³ *Proprietà e impresa*, cit., p. 171. Cfr. anche *Individuo e stato nelle corporazioni*, cit., p. 471, dove Cesarini Sforza parlava di «vere e proprie norme-comandi» che caratterizzavano la disciplina corporativistica, norme che non delineavano soltanto l'apparato normativo a regolare i rapporti tra privati, bensì andavano a «creare questi [rapporti] d'impero, imponendo obblighi e attribuendo diritti non subordinatamente all'iniziativa del singolo, ma determinando o forzando, anzitutto, quest'ultima».

⁵⁴ Punto di riferimento per Cesarini Sforza era Enrico Finzi; nello specifico, cfr. E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario*, Mariano Ricci, Firenze 1935, pp. 158-184, p. 168: «la disciplina corporativa dei beni non è disciplina dei proprietari bensì, invece e soltanto, dei produttori, degli imprenditori» (citato in *Proprietà e impresa*, cit., p. 166, n. 1); cfr. anche E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in «Archivio di studi corporativi», 4, 1933 (2), pp. 203-228: il luogo di questa ultima pubblicazione è segnale dell'interesse per il dibattito sull'istituto proprietario da parte della esperienza corporativistica e dell'intreccio dei due frangenti. A ogni modo, il dibattito è di un interesse che va oltre il giudizio storico sul corporativismo. In effetti, qualsiasi ricognizione delle vicende giuridiche italiane contemporanee dell'istituto della proprietà è costretta a partire da quel momento, solo apparentemente oscuro e marginale, che è il primo Congresso nazionale di diritto agrario, tenutosi a Firenze dal 21 al 23 ottobre 1935, dove esposero le loro relazioni famose E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., e S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *Atti del Congresso nazionale di diritto agrario*, cit., pp. 185-231. Su Finzi, cfr. l'introduzione di Paolo Grossi alla raccolta degli «scritti minori» del giurista «fiorentino»:

Egli credeva così di interpretare, meglio di quanto non facessero Spirito e Volpicelli, il dettato della Carta del lavoro, che in effetti, come abbiamo visto, legiferava sul regime proprietario attraverso il filtro della produzione imprenditoriale. L'impresa, scriveva Cesarini Sforza, è una «organizzazione operante» che «comprende tutti gli apporti personali, di pensiero e di azione, di un numero talora grandissimo di soggetti», dei quali possiamo dire che «sono tutti organi dell'organizzazione d'impresa»⁵⁵. Di chi fa parte di un processo produttivo, è possibile dire che sia un organo di quel processo, e ciò perché, quando non è semplice (cioè quando non è immediatamente destinata al consumo), la produzione «diviene, da fatto individuale, fatto sociale»⁵⁶. Siamo in un contesto del tutto diverso da quello accennato da Spirito e Volpicelli, quando affermavano che gli individui fossero organi dello stato – e per due ragioni: la prima è che il discorso di Cesarini Sforza si limitava alla produzione, senza pretese di completezza su tutto il diritto; la seconda è che, a badar bene, ci si accorge che egli non sosteneva che gli individui fossero organi dello stato, ma organi delle organizzazioni produttive, accettando implicitamente l'appunto pluralistico che Romano aveva rivolto a Volpicelli.

Sottolineando la funzione sociale della proprietà si perdeva di vista l'aggiornamento richiesto al diritto dalle trasformazioni produttive, che provocavano «lo scomparire del concetto di *proprietà* dietro quello di *impresa*»⁵⁷, un avvicendamento che era possibile pensare se non ci si ostinava con i concetti della tradizione giuridica a tal punto da ignorare l'importanza dei concetti nuovi. L'impresa era quel concetto, che, entro la produzione, permetteva di cogliere un eccepimento all'alternativa di pubblico e privato. Con la sua disciplina produttiva assestata su azioni

E. FINZI, “*L’officina delle cose*”. *Scritti minori*, Giuffrè, Milano 2013, pp. v-LXI. (Sempre di Grossi, cfr. anche P. GROSSI, *Itinerari dell’impresa*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, pp. 999-1038, dove molto rilievo viene dato a Lorenzo Mossa nella formazione del concetto di impresa; secondo un’ipotesi molto interessante, che purtroppo non possiamo seguire, Mossa è stato messo a confronto con Cesarini Sforza da I. STOLZI, *Gli equilibri e i “punti di vista”: “interno” ed “esterno” nella rappresentazione della dinamica corporativa*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 221-258.)

⁵⁵ *Proprietà e impresa*, cit., p. 173.

⁵⁶ *Proprietà e impresa*, cit., p. 172.

⁵⁷ *Proprietà e impresa*, cit., p. 166 (corsivo nel testo).

e fini determinati, l'impresa, infatti, apriva un discorso sull'organizzazione privo di generalizzazioni indebite.

Spirito e Volpicelli avevano avvertito la separazione di pubblico e privato in quanto era fondata su una concezione ingenua dello stato, definito attraverso la sua funzione governativa. Lo stato si distingueva dagli individui poiché era l'ente che organizzava il comando politico, predisponendo l'impianto normativo a regolare le attività individuali. La distinzione tra lo stato e gli individui era, allora, quella tra chi governa e chi riceve l'istanza di governo. Ma, affermavano Spirito e Volpicelli, le istanze di governo sono molteplici e possono essere riscontrate lungo tutta l'organizzazione sociale; che siano diffuse, d'altronde, non le rende meno effettive: esse rimangono istanze di governo e, come tali, possono essere ricondotte allo stato, che diventa il punto di raccolta e di fuga di tutti gli scarti normativi rispetto alla realtà – lo stato consiste semplicemente e precisamente nello scarto normativo⁵⁸. Era una rifondazione pubblicistica del diritto che non passò inosservata a Cesarini Sforza, il quale vi vedeva un mutamento nella concezione della stessa norma giuridica: in Spirito e Volpicelli, la norma aveva «per oggetto non l'operare dell'individuo», come era stata concepita fino allora, ma «l'operare del corpo sociale medesimo»⁵⁹. Per Cesarini Sforza, tuttavia, non poteva essere una questione definitoria. Bisognava esplorare il mondo del diritto per accorgersi dei luoghi dove gli istituti si avvicendano. A questo titolo valeva l'enfasi sull'impresa, con cui la disciplina proprietaria diveniva desueta in effetto, poiché non si trattava più di rapporti semplici tra individui, ma di un'organizzazione che era tale perché compren-

⁵⁸ Molto astutamente, Cesarini Sforza faceva notare che, per funzionare, la riconduzione di ogni scarto normativo allo stato aveva bisogno di un'armonia non dissimile da quella già formulata da F. BASTIAT, *Harmonies économiques*, Meline, Bruxelles 1850; per tale accostamento, cfr. *Individuo e stato nelle corporazioni*, cit., p. 483, dove Cesarini Sforza sosteneva che neanche il liberalismo aveva negato la socialità del comportamento individuale, ma da tale socialità non si potevano derivare le conclusioni di Spirito e Volpicelli.

⁵⁹ *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 10.

deva gli individui come i suoi organi entro un processo produttivo determinato: la funzione sociale della proprietà la trasfigurava in impresa.

Ora, la funzione sociale della proprietà è un nodo di problemi che ha chiamato a soluzioni molteplici e qui non è il caso di paragoni che non tengono di fronte alla diversità delle esperienze storiche e delle intenzioni politiche. Ma sono evidenti gli estremi di un tentativo diffuso di ristrutturazione dell'istituto della proprietà secondo la sua funzione sociale, tentativo che, per altre e successive vie (basti pensare all'art. 42 della Costituzione repubblicana italiana), ha avuto ragione, trasformando la struttura dell'istituto e formando uno dei modi, se non il principale, in cui pensare la proprietà⁶⁰. C'è un campo altrettanto variegato di coloro che hanno negato ogni legittimità alla funzione sociale della proprietà e, come abbiamo visto, Cesarini Sforza si atteneva saldamente a questa posizione⁶¹. La sua negazione decisa della funzione sociale della proprietà permette di includerlo solo fino a un certo punto nel dibattito sulle trasformazioni dell'istituto proprietario. Quantomeno, se inclusione dev'essere, dovrà esserlo tenendo conto della sua singolarità. Per comprendere tale singolarità, però, la sua produzione corporativistica (intenden-

⁶⁰ Dopo molte discussioni, il codice civile italiano del 1942 (ancora vigente, con successive modifiche e integrazioni) ha ripetuto la concezione della proprietà affermata dal codice del 1865, senza sancirne la funzione sociale in via di definizione (art. 832). Con l'approvazione del testo costituzionale (art. 42), che sancisce, invece, che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», si è così creato un cortocircuito tra codice e costituzione, che rende bene il concerto di tendenze e tensioni che, ancora oggi, coinvolge la proprietà.

⁶¹ Come ha fatto notare S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1339, n. 291, Evgenij Pašukanis affermò, con altrettanta decisione, che la funzione sociale della proprietà serve solo «den Klassencharakter des Privateigentums zu verschleiern», a occultare il carattere classista della proprietà privata – e non a caso tale affermazione si trova nella edizione tedesca (E. PAŠUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Verlag für Literatur und Politik, Berlino-Vienna 1929, p. 6) di *Obščaja teorija prava i marksizm* (1924) del giurista sovietico, un'edizione che appunto compariva nella Germania weimariana dell'articolo 153; cfr. E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, De Donato, Bari 1975 (ora PGRECO, Milano 2022 con una prefazione di Adalgiso Amendola (pp. I-XVIII), che, di Pašukanis, mette in risalto la sua «ipervalutazione del diritto privato come unica matrice della forma giuridica», p. VII). Il riferimento classico per l'affermazione della funzione sociale della proprietà, che qui terremo soltanto a mente e che citiamo per conoscenza, era L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, Parigi 1912.

do con questo termine i lavori scritti in servizio diretto del corporativismo) non è sufficiente, né è il luogo migliore da rivisitare. È per questa ragione che la stiamo per abbandonare, per poi non ritornarci, avendo avvertito della varietà di temi che vi si possono trovare e dell'impegno non dimesso che l'autore vi ha profuso, impegno che, come sarà evidente, non ha lesinato di usare alcune tesi desunte dalla sua attività teorica precedente o più rigorosamente scientifica. Se abbiamo fatto notare la differenza di Cesarini Sforza con Spirito e Volpicelli, infatti, l'intenzione non era quella di smarcarlo dal corporativismo, del quale fu teorico dedito e intento, ma quella di avvertirci delle derive che il suo pensiero permette, al tempo stesso mettendone in evidenza la singolarità di posizionamento⁶².

Ciò che ci rimane tra le mani è la recidiva privatistica di Cesarini Sforza. Egli insisteva sul bisogno di valutare bene la scomparsa dell'istituto della proprietà. Gli istituti giuridici sono aggiornabili, ma offrono resistenza quando si voglia intaccarne l'impalcatura concettuale contenuta. Il dominio della pubblicistica può essere esteso – e l'estensione è resa in certa misura necessaria dall'ammodernamento del mondo del diritto in forza dell'aumento dell'intervento statale nei settori produttivi; ma sarebbe denegare la realtà giuridica se si volesse mettere in risalto il diritto pubblico come l'unica matrice rimasta. Nell'esaltazione del diritto pubblico, infatti, è smarrita l'autonomia privata. Eppure, a perdersi è così una caratteristica che spiega il modo di produzione del diritto. «Il fenomeno giuridico è, sempre e tutto, un fenomeno d'autonomia»⁶³ e «l'autonomia della volontà sta sempre a base dei fenomeni giuridici»⁶⁴: sono idee che Cesarini Sforza aveva formulato molto chiaramente e che teneva presente nei dibattiti degli anni trenta, servendogli a motivare la sua contrarietà a alcune interpretazioni della Carta del lavoro. L'autonomia, per Cesarini Sforza, era la «formazione della norma mediante una mani-

⁶² Fa capire bene come evidenziare la singolarità del pensiero cesariniano non porti a differenziarlo in definitiva dal corporativismo I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007, in particolare le pp. 359-392 dedicate a Cesarini Sforza.

⁶³ *Volontà privata e autonomia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 10, 1930 (1), pp. 125-128, p. 127.

⁶⁴ *Lezioni di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova 1930² (1929¹), p. 63. Il volume è composto dalle trascrizioni delle lezioni tenute da Cesarini Sforza a Ferrara e a Bologna.

festazione di volontà con la quale non si attua una norma preesistente, ma si crea un rapporto giuridico nuovo»⁶⁵. Se gli individui sono organi dello stato, la novità dei rapporti giuridici non può venire assicurata, siccome ogni manifestazione giuridica soggettiva s'inserisce d'ufficio nell'oggettività della compagine statale. Il diritto non viene affrontato dal lato della sua produzione. La «concezione dell'attività giuridica come attività essenzialmente autonormativa, e quindi sempre creatrice di diritto obbiettivo»⁶⁶, viene smarrita, e con essa la possibilità di richiamare il diritto oggettivo alle ragioni della sua formazione nella soggettività.

La recidiva privatistica di Cesarini Sforza può essere compresa nello stesso senso in cui ci stiamo smarcando dal corporativismo, facendo notare che nel pensiero cesariniano l'identificazione dello stato e degli individui operata da Spirito e Volpicelli era eccezionale per quanto riguarda il luogo dove veniva realizzata. Spirito e Volpicelli puntavano a un riassetto dei criteri della scienza giuridica, a una sua pubblicizzazione. Ma la scienza giuridica non può fare a meno della concettualità che elabora per comprendere il mondo del diritto. Non ne può fare a meno perché i concetti giuridici improntano la descrizione del mondo del diritto e, se perdono il loro riferimento, a perdersi è l'accesso scientifico determinato alla realtà che essi adibiscono. Spetta invece alla *filosofia del diritto* di riflettere sulla possibilità di una tale descrizione della realtà: nella riflessione filosofica, i concetti perdono di determinatezza, perché ciò che è indagato (e perciò stesso criticato) è la loro tenuta sistematica – nella sua speculazione, la filosofia ne smarrisce il riferimento, facendoli precipitare nella loro storia, dove le distinzioni concettuali vengono rimesse in discussione e se ne riesce a studiare lo stabilimento e la formazione.

La distinzione tra stato e individui può essere criticata *dalla filosofia*. Costituendo un unico processo di produzione del diritto, stato e individui non sono separati, ma si rimandano a vicenda. L'attività statale richiede di essere soggettivata per verificarsi e l'attività individuale ha bisogno di oggettivarsi per fare presa sulla realtà. Stato e individui si confondono, rompendo gli argini della concettualità che li tiene distanti e restituendo l'immagine di una produzione giuridica che non li vede distinti. La ricerca filosofica può allora speculare intorno alle ragioni sulle quali

⁶⁵ *Lezioni di teoria generale del diritto*, cit., p. 62.

⁶⁶ *Volontà privata e autonomia*, cit., p. 127, n. 1.

la scienza ha viceversa fondato la loro separazione: a quali bisogni fa fronte e quali ne sono gli effetti? Ma questo movimento è possibile solo se si assume un piano filosofico del discorso, cioè si rende inerte la concettualità legata alla distinzione tra pubblico e privato: «quando si riconosce la legittimità dell'identificazione filosofica di Stato e individuo – scriveva Cesarini Sforza –, non si fa altro che riconoscere alla filosofia il diritto... di rifiutarsi di pensare lo Stato e l'individuo»⁶⁷.

Se la distinzione tra pubblico e privato può essere eliminata, è perché la filosofia non lascia in piedi i concetti di stato e individuo; la scienza giuridica, invece, lavora a quei concetti e, sebbene la loro distinzione sia arbitraria (sono giuste le considerazioni di Spirito e Volpicelli sulla diffusione delle istanze di governo, che non permette di additare una volta per tutte *un* governo, che sarebbe lo stato e avrebbe una qualità specifica a renderlo riconoscibile), la scienza non ne può fare a meno: procedere a una identificazione del pubblico e del privato non è possibile per la scienza, perché il suo sistema dipende dalla loro separazione. Il luogo stesso dal quale proviene l'identificazione ne impedisce la riuscita. È bene evidente dal tentativo di Spirito e Volpicelli, che, invece di superare l'alternativa di pubblico e privato, riconducevano il privato al pubblico e comprendevano gli individui nello stato come i suoi organi, non riuscendo a eliminare le frizioni derivanti dall'opposizione dei due concetti, bensì esaltando la logica dell'uno a scapito di quella dell'altro – una superfetazione compensatoria incapace di rispondere alle esigenze che avevano convinto della necessità di superare la distinzione.

La filosofia del diritto si schiera invece dalla parte della produzione giuridica. La normatività dei concetti viene revocata e essi sono riportati alla loro affermazione. È così che dobbiamo capire il richiamo di Cesarini Sforza all'autonomia: non è la ripresa del diritto privato contro la sopravvalutazione del diritto pubblico, ma l'apertura di un piano ulteriore del discorso. Il diritto privato serve a mettere l'accento sulla capacità di produzione normativa e è perciò un riferimento che non va smarrito – da qui l'insistenza di Cesarini Sforza a non perderne i fondamenti nella proprietà modificando frettolosamente l'istituto. Ma non basta, se l'autonomia è privata nel senso che la scienza giuridica attribuisce a questo concetto del

⁶⁷ *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 12 (corsivo nel testo).

diritto privato: un'autonomia sancita e garantita dallo stato secondo i limiti e negli spazi che l'ordinamento giuridico prepara e definisce. Contrapposto al rischio di sopravvalutare il diritto pubblico, c'è il rischio di sopravvalutare il diritto privato⁶⁸.

Se vogliamo superare la distinzione di pubblico e privato, l'autonomia deve essere concepita *filosoficamente*. Da adesso in poi, si tratterà di capire come e di dedicarci ai problemi che ne emergono. È un'indagine che ci occuperà qualche tempo.

⁶⁸ Cfr. *Corporativismo e scienza del diritto*, cit., p. 11, con riferimento all'identificazione di stato e individui di Volpicelli: «lo Stato non vive che nella società e come società, [...] la società, e quindi lo Stato, non vive che nell'individuo e come individuo. E allora [...] si potrà senza dubbio elidere il diritto privato nel diritto pubblico (l'individuo nello Stato), ma non si vede perché si dovrebbe preferire questa elisione a quella del diritto pubblico nel privato (lo Stato nell'individuo), ossia perché non si dovrebbe poter concepire il diritto come tutto privato, invece di concepirlo come tutto pubblico».

La vita del diritto come dialettica di soggettività e oggettività

Bisognerà ammettere che c'era qualcosa di provocatorio, nell'accostamento della Carta del lavoro all'art. 153 della Costituzione di Weimar. Ancora più provocatorio sarebbe far notare che, nel concetto cesariniano di impresa, non si legge soltanto l'influenza di Enrico Finzi, ma anche quella dell'*entreprise* di Maurice Hauriou, il grande istituzionalista francese⁶⁹. Secondo Hauriou, «un'istituzione è una idea di opera o di intrapresa, che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale»⁷⁰, e «tutti gli atti con i quali una istituzione corporativa assicura la propria vita [...] presentano carattere giuridico»⁷¹. Per capire in che senso Hauriou parlava di istituzione «corporativa», bisogna ricordare che, nella storia della scienza giuridica, il lessico della corporazione precede il corporativismo fascista e guardare alla teoria hauriouiana dell'organizzazione: «un corpo – egli scriveva – non è niente senza organi e manifesta la sua volontà solo per mezzo di questi, ma bisogna che gli organi manifestino la volontà del corpo e non la propria»⁷².

⁶⁹ Cfr. sul concetto hauriouiano di impresa M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano 1967 nella traduzione dello stesso Cesarini Sforza, che sceglieva di tradurre «*entreprise*» a volte con «impresa», e altre con «intrapresa», soluzione seguita con più consistenza per tutto il testo da Andrea Salvatore nella nuova edizione per Quodlibet, Macerata 2019. La prima edizione di *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* uscì in *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud & Gay, Parigi 1925.

⁷⁰ M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 12-13.

⁷¹ M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 42.

⁷² M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 20.

Affinché si dia organizzazione, secondo Hauriou, una *idée directrice* deve incorporarsi nelle pratiche individuali che, realizzandola, perdono la loro individualità. È indicativo ricordare che il giurista di Tolosa concepiva il suo istituzionalismo come un superamento di soggettivismo e oggettivismo giuridico⁷³, alternativa che impareremo a avvicinare a quella di privato e pubblico, e notare come, considerato entro tutti i tentativi di rifondazione pubblicistica del diritto, Hauriou rivesta un ruolo particolare. La sua teoria istituzionalistica è attraversata da un «*vitalisme social*»⁷⁴ che la spiega e le fornisce un punto d'appoggio, e che ci permette di formulare la domanda: che cos'è la vita del diritto? Che cosa significa, per il diritto, essere «vitale» o «vivente»?

Abbiamo incontrato in Volpicelli un richiamo alla «vita concreta» e «animatrice del corso storico»⁷⁵ come un invito rivolto alla scienza giuridica a aprirsi a una politica del diritto che non si limiti a considerare la separazione tra i luoghi di esercizio e di applicazione del potere. Il diritto vive, per Volpicelli, nella storia e i concetti e gli istituti giuridici vanno riformati cosicché non si distingua tra l'attività privata degli individui e l'attività pubblica dello stato, distinzione che la storia del diritto ha reso desueta. La vita del diritto è la storia, che porta all'indefinitezza di ciò che è politico e di ciò che è sociale, permettendo al punto di vista giuridico di acquisire un unico ancoraggio alla sua materia. Così, l'organizzazione può rappresentare per la scienza giuridica la scaturigine unica e unitaria dello scarto normativo rispetto alla realtà, in una ridefinizione delle attività individuali ricomprese nello stato. Della sola organizzazione disponibile, lo stato, gli individui sono gli organi.

Abbiamo avuto modo di accennare che Cesarini Sforza ha lavorato, entro il dibattito sul diritto corporativo, per una diversa partecipazione a quelle che, cominciando a parlare con Hauriou, possiamo chiamare le istituzioni. Non si può dire,

⁷³ Cfr. M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 6-12.

⁷⁴ L'espressione compare nel celebre sottotitolo di M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, cit., per essere rivendicata da Hauriou all'interno del saggio del 1925. Il sottotitolo viene conservato ora in M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, Quodlibet, Macerata 2019, da dove, d'ora in poi, citeremo, abbandonando la versione cesariniana del 1967.

⁷⁵ Vedi *supra*, p. 10.

per esempio, che la proprietà privata sia in immediato proprietà statale, come a volte si è pensato di fare esaltando, della proprietà, la funzione sociale; ha senso piuttosto accorgersi del tramontare dell'istituto proprietario a misura che nel contesto produttivo è venuto sostituendosi l'istituto dell'impresa. Ora, è bene sottolineare nuovamente che l'impresa è, per Cesarini Sforza, organizzazione produttiva, un'organizzazione legata al frangente economico, perché ciò ci convince che alle generalizzazioni di un Volpicelli le riflessioni cesariniane contrapponevano in modo stringente l'appunto pluralistico romaniano. E tuttavia, se consideriamo la *entreprise* di Hauriou, ci accorgiamo che facendo estrema attenzione quanto abbiamo guadagnato con l'avvicendamento dell'impresa alla proprietà può essere esteso a tutto vantaggio di un pluralismo delle organizzazioni – e non solo delle organizzazioni economiche, ma delle istituzioni in genere.

Nell'impresa, per Cesarini Sforza, gli individui sono in effetto organi dell'organizzazione; ciò è vero perché – diciamolo con Hauriou – manifestano «la volontà del corpo e non la propria». Quel che significa è che qui, dell'organizzazione, può essere studiata la formazione, ovvero quel processo, tramite il quale la soggettività che la compone costituisce la sua oggettività. Dicevamo che è proprio della filosofia del diritto superare la distinzione tra gli individui e lo stato, tra privato e pubblico, che la scienza giuridica assume nel significato dei suoi concetti e istituti. Diciamo ora meglio che è proprio della filosofia del diritto speculare sulla dialettica di soggettività e oggettività che accompagna la «vita» di un'istituzione. È una delle convinzioni che Cesarini Sforza tenne strette a sé lungo tutto l'arco della sua opera e che la figura di Hauriou contribuì non poco a sviluppare. Perciò, per addentrarci nel dettaglio delle riflessioni filosofiche cesariniane, partiamo dall'interesse retrospettivo che egli rivolse alla teoria dell'istituzionalista francese.

Nei suoi ultimi anni di attività, Cesarini Sforza raccolse molti dei risultati del suo lavoro nei due volumi delle *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, usciti postumi nel 1967. Lasciava sulla scrivania una breve *Premessa dell'autore*, nella quale chiamava sé stesso, e chiunque altro si cimenti con i fenomeni oggetto di ricerca

giuridica, uno «studioso della vita del diritto»⁷⁶, rammentando la varietà di problemi e soluzioni, contesti e sottigliezze dell'esperienza giuridica dei quali si era occupato. Insieme alla *Premessa alle Vecchie e nuove pagine*, Cesarini Sforza lasciava la traduzione di alcuni saggi di Hauriou: si era dedicato a questi nell'estate precedente alla sua morte, avvenuta nel novembre 1965, e la stampa ne fu approntata nel 1967 (*Teoria dell'istituzione e della fondazione*, per Giuffrè). Una dedizione tardiva, quella di Cesarini Sforza, che suggerisce il peso dato alla riflessione hauriouiana nella formazione del suo pensiero, del quale negli ultimi anni, o addirittura mesi, egli si sforzava di fare un bilancio reso difficile dalla vastità e frammentarietà dei suoi interventi, messi spesso al servizio di dibattiti disparati.

Una delle linee di interesse costante è rappresentata dall'incontro del pensiero cesariniano con l'istituzionalismo giuridico. Negli appunti ritrovati accanto alla versione tradotta, raccolti in vista della scrittura dell'introduzione, Alessandro Baratta, che curò la pubblicazione della traduzione cesariniana, leggeva ancora numerose pagine dedicate alle posizioni di Hauriou e di Santi Romano⁷⁷. Nel loro istituzionalismo, Cesarini Sforza vedeva la ricerca di un attraversamento giuridico della dialettica di soggettività e oggettività, compresa tra gli estremi dell'individualità e della socialità. La filosofia del diritto di Cesarini Sforza cercò sempre di porre correttamente il problema della tensione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, insoddisfatta delle soluzioni date dalla scienza giuridica; ma, nell'istituzionalismo, egli aveva trovato un tentativo insperato e promettente di impostare la ricerca scientifica facendo i conti con i due termini senza rimuoverne la dialettica. Lo stesso Hauriou aveva richiamato il suo istituzionalismo alla «questione del rapporto tra oggettivo e soggettivo» e al «problema dell'oggettività»⁷⁸: il concetto di istituzione nasceva per spiegare la dialettica tra gli elementi soggettivi e gli elementi oggettivi del diritto e per fornire una teoria di come la soggettività potesse dare luogo all'oggettività giuridica.

⁷⁶ *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto. I. Filosofia e teoria generale*, Giuffrè, Milano 1967, p. VII (seguiva il secondo volume, dedicato a *Ricerche storiche e questioni giuridiche*).

⁷⁷ Cfr. A. BARATTA, *Presentazione*, in M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. V-XXVII.

⁷⁸ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 21-22.

Tra soggettività e oggettività, la contrapposizione era classica, ma il discrimine hauriouiano era la «volontà cosciente»: da una parte, il diritto soggettivo viene prodotto da «soggetti determinati» secondo coscienza; dall'altra, il diritto oggettivo non aderisce alla coscienza, anzi le sfugge e «sembra fondarsi su sé stesso»⁷⁹. Mentre la volontà che produce il diritto soggettivo può essere rivendicata da un soggetto, sembra che il diritto oggettivo gli venga dal di fuori, inappropriabile, e va posto il problema della compatibilità delle due logiche divergenti.

Nel diritto soggettivo, troviamo la logica della prerogativa: un soggetto inizia un'azione che esprime la sua volontà, mettendo in forma una situazione giuridica. Nel diritto oggettivo, invece, troviamo la logica del precedente: un soggetto si trova inserito in una situazione giuridica che reagisce al suo comportamento, senza che gli sia nota l'iniziativa che le ha conferito carattere di giuridicità. Hauriou parlava di «creazione», riferendosi alla prerogativa soggettiva, e di «durata», riferendosi al precedente oggettivo. Ma evidenti sono la dimensione individuale della soggettività e la dimensione sociale dell'oggettività, tanto quanto il loro conflitto: il diritto soggettivo apre all'individuo uno spazio di «azione» occupabile in coscienza e a volontà, mentre il diritto oggettivo organizza la «reazione» della società, preoccupata della tenuta strutturale e dell'efficacia del comando⁸⁰.

In Cesarini Sforza, affrontare la dialettica di soggettività e oggettività voleva dire porsi il problema della produzione del diritto, ma, ciò facendo, significava anche collocarsi in una «tradizione giuridica» che aveva colto l'importanza del problema e aveva cercato di risolverlo. Lo stesso vale per Hauriou, che si serviva della dialettica di soggettività e oggettività per presentare la storia della scienza giuridica successiva al contrattualismo fino ai suoi giorni⁸¹. Egli la presentava come un primo movimento soggettivistico, alla crisi del quale era seguita l'affermazione dell'oggettivismo. Il punto di partenza è, dunque, il soggettivismo, che aveva costruito la «scienza del diritto pubblico» sui sistemi del diritto privato, estenden-

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ Creazione e durata, azione e reazione sono i termini scelti da Hauriou (cfr. M. HAURIUO, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 27-28), mentre prerogativa e precedente ne sono una libera riformulazione.

⁸¹ Al confronto con la storia della scienza giuridica è dedicata la parte iniziale di M. HAURIUO, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., dove è più esplicito che altrove.

do il rilievo della personalità a tutto l'arco del diritto⁸². Prima individuale, la personalità allargava la sua destinazione, accettando l'aggettivo di morale, corporativa e poi giuridica; infine, lo schema proprio della personalità si realizzava nello stato, che, dotato di volontà, si faceva entrare in rapporti giuridici⁸³.

La scienza del diritto pubblico, che Hauriou collegava ai nomi consueti di Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek, continuava la tendenza storicistica e pandettistica che va da Friedrich Carl von Savigny fino a Bernhard Windscheid, costruendo lo stato su un'estensione dei guadagni teorici ottenuti dalla sistemazione del diritto privato. La personalità, che per Savigny «deve coincidere col concetto dell'uomo»⁸⁴ e è giuridica solo quando risulta «estesa a subietti artificiali, creati per semplice finzione», venendo «ammessa solamente per uno scopo giuridico»⁸⁵, e che anche per Windscheid, se non coincide con il semplice *Mensch*, viene prodotta «*künstlich*» e è una «*vorgestellte Person*»⁸⁶, cioè una «*fingirte Person*»⁸⁷; la personalità, che sia Savigny che Windscheid facevano coincidere con il *Rechtssubjekt*, il soggetto di diritto, nella scienza del diritto pubblico è ancora il concetto e istituto giuridico che garantisce la tenuta del diritto, dalle libertà individuali fino alla sovranità statale, ma accentuando l'importanza della seconda: lo stato è persona giuridica in quanto manifesta la sua volontà nella legge e, su tutti in Jelli-

⁸² Cfr. M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in «Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence», 1898, 22, pp. 5-23 e 119-140, p. 6: «Le droit, ce fidèle miroir de la société, a construit tout son système de règles sur la base de la personnalité». Per il rilievo dell'espressione «scienza del diritto pubblico», ci riferiamo al sempre indispensabile M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*, Giuffrè, Milano 2001, e forse ancora meglio a ID., *Giuristi e costituzione. Politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979.

⁸³ Cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 23: «Il sistema soggettivistico si costruì sulla base della personalità giuridica, parificando alle persone individuali le persone morali corporative e, su tutte, la persona Stato. Di queste persone e delle loro volontà soggettive, si pretese di fare il supporto di tutte le situazioni giuridiche durevoli e finanche delle norme che presiedono alle regole giuridiche».

⁸⁴ FR. C. V. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Unione Tipografico-Editrice, Torino 1888, p. 2 (orig. ted. *System des heutigen römischen Rechts*, Veit und Comp., Berlino 1840).

⁸⁵ FR. C. V. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, cit., p. 240.

⁸⁶ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Rütten & Loening, Francoforte 1900⁸, p. 189 (trad. it. *Diritto delle Pandette*, I, Unione Tipografico-Editrice, Torino 1902).

⁸⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., p. 192.

nek, le libertà degli individui corrispondono a altrettante «autolimitazioni» della propria volontà da parte dello stato⁸⁸. Il diritto sviluppa una precedenza e una superiorità rispetto ai «diritti» e la volontà statale diviene il fenomeno giuridico fondamentale. Per effetto, la personalità accresce i suoi caratteri giuridici a scapito di quelli individuali, mentre, in Savigny e Windscheid, essa era un'estensione della personalità individuale. Rimane però lo schema fondato sul personalismo del soggettivismo giuridico: lo stato è persona e il diritto è formato dai limiti che la sua volontà pone agli individui e a sé stessa.

La crisi del soggettivismo, secondo Hauriou, è contenuta nelle sue premesse, ma per ciò che ci interessa si deve in particolare: (a) al rilievo assunto dalla consuetudine *nell'applicazione del diritto* e (b) alle aporie della finzione giuridica *nella costruzione soggettivistica dell'oggettività*. Per quanto riguarda l'applicazione del diritto, vediamo che, oltre alla teoria, del diritto dobbiamo considerare la «vita» (usiamo ancora ingenuamente questo termine, che dovremo capire meglio) e, se anche quest'ultima è il risultato della volontà statale, dobbiamo spiegare come si giunga a tale risultato; per quanto riguarda, invece, il passaggio dalla soggettività all'oggettività, vediamo che, pure accettando che il fondamento del diritto sia soggettivo, rimane necessario ricostruire l'oggettività, deducendola, per dare continuità e stabilità agli ordinamenti, in specie gli ordinamenti statali, che producono diritto oggettivo e hanno forza obbligatoria.

(a) Della *consuetudine* il soggettivismo aveva appreso a fare a meno e, nelle sue versioni radicali, non la considerava una fonte del diritto. Le fonti del diritto vengono codificate e, da ultimo, riportate allo stato, nella figura della volontà del legislatore. Il rapporto tra la volontà del legislatore e la volontà degli individui è un rapporto giuridico entro il quale l'oggettività del diritto consiste nel comando statale e nell'obbligo corrispettivo, che sorge negli individui. I rapporti giuridici tra lo stato e gli individui hanno la stessa struttura di quelli nei quali entrano due soggetti di personalità individuale: l'oggettività del diritto deriva e è descritta dal soggettivismo di questa impostazione.

⁸⁸ Cfr. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr Siebeck, Freiburg 1892 (trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912).

Hauriou ha gioco facile a eccepire alla semplicità di questa soluzione soggettivistica al «problema dell'oggettività». Il soggettivismo, infatti, assume tratti parossistici nella pretesa di completezza dei codici, queste compilazioni che dovrebbero servire a raccogliere per intero le materie nelle quali lo stato interviene con la sua legislazione, materie che sarebbero perciò le uniche nelle quali si producono le situazioni giuridiche a regolare i comportamenti individuali. Sancendo tale unicità, i codici subiscono poi la tentazione di Giustiniano, che permetteva al *Digesto* (nel suo nome greco, erano le *Pandette*) un divieto posto all'interpretazione della legge, privilegio riservato in esclusiva al potere che emette il codice⁸⁹.

Il codice è l'espressione chiara della volontà statale, concepita come l'unica fonte del diritto, e previene ogni lettura che ne modifichi o complichino le materie. Se l'interpretazione è necessaria, sarà lo stesso legislatore a incaricarsene⁹⁰. Il diritto è trasparente nella volontà del legislatore espressa negli articoli di legge, trasparente perché, di ogni articolo, l'origine può essere rinvenuta in una iniziativa legislativa rivolta dallo stato agli individui che, nei loro comportamenti, ne incontrano la necessità e ne richiedono l'applicazione.

Hauriou riferiva di come, nell'ottocento, la completezza dei codici ebbe vita breve⁹¹, scalzata dal rilievo assunto dalla consuetudine nella gestione giuridica della società: sono proprio la chiarezza e la completezza presunte dei codici a richiedere uno sforzo ermeneutico, quando si verificano situazioni che, stando alla lettera di quelli, non dovrebbero essere giuridiche, e alle quali pure serve dare un posto nel diritto inteso come oggettività dell'organizzazione. Spesso, la soluzione adottata nei codici stessi fu allora quella di rinviare alla consuetudine, non senza, però, una forzatura del loro impianto soggettivistico generale, fondato sulla volontà del legislatore.

⁸⁹ La *Constitutio Tanta* di Giustiniano (533 d.C.) premessa al *Digesto* scoraggiava chi volesse «commentarios isdem legibus adnectere» (*Const. Tanta de confirm. Digestorum*, 21).

⁹⁰ «Si quid vero [...] ambiguit fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari» (*ibidem*).

⁹¹ Cfr. M. HAURIOU, *Politica giuridica e materia del diritto*, 1926, in *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 162: «Era trascorso appena un secolo e già i fortificati che proteggevano la legge venivano abbattuti». In calce a questo passo, Hauriou inserisce un riferimento significativo a François Gény e ai suoi studi sul diritto positivo e l'interpretazione giuridica.

La consuetudine, infatti, è spuria rispetto al soggettivismo incentrato sulla volontà statale: lo stato può sancire che essa sia fonte del diritto nelle materie per le quali la lettera della legge non sussiste e l'impossibilità a procedere provoca una lacuna nel diritto; ma, ciò facendo, si deve limitare a riconoscere *formalmente* la consuetudine, perché invece il suo contenuto, al quale viene rinviato, manca di autorialità e non può essere ricondotto all'istanza di una volontà determinata, avendo origine dalle pratiche senza nome che hanno contribuito a stabilire un certo diritto come consuetudinario. Se per la consuetudine non possiamo trovare una volontà di carattere legislativo a darle luogo, non solo, ma nemmeno possiamo trovare da quale altra volontà avrebbe avuto origine, è chiaro che la sua oggettività non possa essere spiegata soggettivisticamente.

Hauriou verificava una variante di questo processo nel diritto amministrativo. È comune pensare la consuetudine come un sedimento di pratiche nella lunga durata, ma che ciò sia comune non importa che sia necessario. La durata della consuetudine non deve essere «lenta e graduale»; basta solo che essa predisponga gli strumenti giuridici per chiarire o fornire supporto alla legislazione, come avviene nell'amministrazione. È il caso, studiato da Hauriou, della *direttiva amministrativa*, nel quale un potere sociale, non sempre in perfetta coincidenza con lo stato, esercita la propria discrezionalità giudicando su materie che non possono essere previste dall'impostazione codicistica, perché afferenti a questioni locali di governo. Per farlo, il potere sociale segue uno «*standard*» (potremmo dire un canone) che esso ha imposto a sé stesso, applicandolo in conformità con le esigenze che deriva dal suo contesto di applicazione⁹².

Le direttive hanno struttura di imprevisti legislativi, senza che ciò comporti la loro natura *extra legem* o *contra legem*: la dimensione propria della direttiva è infatti quella del *praeter legem* – siccome un organo amministrativo viene incaricato di giudicare in una sfera di autonomia dentro la quale gli è riconosciuta discrezionalità di decisione, la sua decisione è perciò stesso «prevista» dalla funzione legislativa, che anzi struttura così la sua organizzazione, e non può porsi al di fuori o contro la legge, perché si trova a giudicare in materie sulle quali lo stato lo ha incarica-

⁹² Cfr. M. HAURIOU, *Politica giuridica e materia del diritto*, cit., per lo studio hauriouiano della direttiva amministrativa e dello «*standard*».

to di giudicare; tuttavia, gli «*standards*» che si impone e le direttive che dà danno luogo a una integrazione del *corpus* legislativo e i loro contenuti sono decisi senza l'intervento o l'interesse statale; perciò, lo stato può prevederne la forma, ma non il contenuto, che viene deciso, invece, a stretto contatto con le esigenze che dapprima avevano reso necessario circoscrivere la sfera di autonomia dentro la quale gli organi si muovono.

Sarebbe sbagliato ritenere che le direttive non costituiscano diritto oggettivo, in altre parole che non siano suscettibili di diventare «regole di diritto», solo perché la loro imprevisione esclude che nella loro formazione sia presente una volontà legislativa perfettamente diretta. Del resto, la funzione degli organi è proprio quella di produrre diritto oggettivo, ovvero di partecipare, generandola, all'organizzazione della società. In mancanza di una spiegazione migliore, Hauriou poteva operare un ribaltamento dell'ordine di provenienza tra le direttive e le regole di diritto, ordine che, seguendo l'impostazione soggettivistica, vorrebbe la statuizione precedere l'applicazione di una legge: invece, sono le direttive che, se arrivano a stabilirsi, danno luogo alle regole di diritto, realizzando il passaggio dalla soggettività dell'iniziativa amministrativa (ma vale in generale quando si tratti del governo di una istituzione) all'oggettività della regola. «Il sistema dei mezzi di amministrazione del diritto mediante *standards* e direttive di autorità politiche o sociali dotate di poteri discrezionali – scriveva Hauriou – è anteriore al sistema delle regole di diritto»⁹³.

L'anteriorità dei «poteri discrezionali» rispetto alle regole di diritto, sostenuta da Hauriou per il diritto amministrativo, richiede di capire che cosa dobbiamo intendere quando parliamo delle «autorità politiche o sociali». Se nella transizione dalle direttive alle *règles de droit* vediamo realizzato il passaggio dalla soggettività all'oggettività, ciò avviene in una maniera molto diversa da quella ipotizzata dal soggettivismo. Non c'è traccia, infatti, di una volontà che dispone di un unico modo di manifestarsi nella legge, come sarebbe la volontà statale; invece, abbiamo un potere sociale che istituisce una regola di diritto a partire dal bisogno di avere degli «*standards*» per dare le sue direttive, e che, se impone a sé stesso il rispetto di un

⁹³ M. HAURIOU, *Politica giuridica e materia del diritto*, cit., p. 153.

canone, lo fa non con un esercizio di volontà (nel senso in cui la discrezionalità non fa il pari dell'arbitrarietà), ma corrispondendo alle esigenze del suo contesto di applicazione e perciò dandosi dei limiti a guidare le sue decisioni – è questa «autolimitazione» che permette al potere sociale di produrre organizzazione: anche quando dimostra iniziativa, il potere sociale lo fa in base a «idee» che circolano nei corpi sociali e che esso tratta di realizzare.

Così vanno le cose sociali, muovendo dal polo del potere a quello dell'istituzione, mediante l'azione combinata dei sentimenti di autolimitazione e della forza persuasiva delle idee.⁹⁴

(b) Se ci chiediamo meglio, ora, che cosa costituisca una «autorità politica o sociale», vediamo che, nel tentativo di dare una soluzione al «problema dell'oggettività», il soggettivismo incappava nelle aporie della *finzione giuridica*; è questo il secondo elemento della crisi del soggettivismo che qui, dopo il rilievo della consuetudine, ci interessa trattare, seppure in breve. Nel farlo, però, non dobbiamo dare per scontato che, nel ribaltamento operato da Hauriou, sia detta l'ultima parola sull'impostazione soggettivistica della scienza giuridica. Anche concedendo, infatti, che le regole di diritto si formino a partire da quei «poteri discrezionali», che eccepiscono alla completezza della funzione legislativa nella definizione del diritto oggettivo, potremmo pensare, d'altra parte, che un potere sociale stia manifestando la sua volontà, quando dà direttive, e che in seguito tale volontà si scriverà in una regola di diritto in forza proprio di detta manifestazione, e conseguendole. Affinché sia possibile parlare delle direttive come di una manifestazione volontaria di un potere sociale, tuttavia, a questo potere deve essere conferita personalità giuridica, perché, se soggettivismo deve essere, la personalità è il fondamento dello schema attraverso il quale concepiamo che una volontà si manifesti. E tuttavia, come possiamo parlare di una personalità al di fuori di quella individuale?

Era diffuso parlarne in termini di finzione giuridica, lo abbiamo visto poco sopra in Savigny e Windscheid: reale è la personalità individuale, la personalità del *Mensch*, che la assume alla nascita o alla maggiore età, a seconda delle vedute (la

⁹⁴ M. HAURIOU, *Politica giuridica e materia del diritto*, cit., p. 168.

vexata quaestio dello statuto dell'*infans*, come di quello del *minus habens*, è un altro degli scogli contro il quale sbatterono storicismo giuridico e pandettistica), mentre le «corporazioni», i corpi sociali di qualsiasi tipo, si vedono attribuita una personalità giuridica, nel senso di fittizia. È un'attribuzione «artificiale», che permette l'estensione delle capacità degli individui a tutti i corpi sociali, che perciò possono manifestare la loro volontà *come se* fossero dotati di personalità e entrare in rapporti giuridici tra loro o con gli individui. Hauriou non riteneva questa estensione indebita di per sé, non sosteneva cioè che ai corpi sociali non dovesse essere garantita la possibilità di assumere personalità giuridica, ma criticava l'uso dello strumento della finzione, che aggira quella dialettica di soggettività e oggettività, che il soggettivismo invece dovrebbe affrontare, deducendo l'oggettività dalla soggettività. Ma non si può parlare di una vera e propria deduzione, se il potere esercitato dai corpi sociali, che poiché è sociale è perciò stesso oggettivo, viene descritto secondo il funzionamento dell'iniziativa individuale, e cioè soggettiva, senza giustificare il modo in cui è stato prodotto, il modo in cui appunto si è passati dalla soggettività all'oggettività.

Secondo Hauriou, per non aggirare il problema dell'oggettività è necessario che tanto gli elementi soggettivi quanto gli elementi oggettivi, che vengono in considerazione quando affrontiamo la questione della personalità, siano concepiti dal diritto come «realtà». Se anche la personalità giuridica è un derivato della personalità individuale, ammettiamolo pure, ciò però non la rende una finzione, non la rende meno reale; anzi, vale che soltanto la sua realtà impedisce che ci esimiamo dal chiederci come essa si sia formata. Se anche vogliamo affermare che i corpi sociali manifestino la loro volontà, quando dimostrano iniziativa, ciononostante questa iniziativa ha effetti reali, riscontrabili nell'oggettività dell'organizzazione che ne deriva, e allora ci dobbiamo domandare come tale volontà sia venuta in essere e quale ne sia la realtà, che vediamo nei suoi effetti⁹⁵.

⁹⁵ Il riferimento di Hauriou è alla diatriba tra teorie della finzione e teorie della realtà della personalità giuridica; su questa disputa, che occupò la scienza giuridica per tutto l'ottocento, cfr. R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Giappichelli, Torino 1968, in particolare le pp. 12-43.

La critica di Hauriou non nega al soggettivismo di avere intravisto le sembianze di un problema, quando cercava di ricostruire l'oggettività a partire dalla soggettività; soltanto, esso ne aveva dimenticato il proposito, assumendo che la personalità che non è individuale sia perciò stesso fittizia. Ciò poi ha giocato a favore della scienza del diritto pubblico, quando essa ha assunto che non potesse darsi personalità giuridica al di fuori del riconoscimento statale: dopotutto, se la personalità è una finzione, una finzione che non comporta un legame necessario con un substrato reale, il fondamento dell'assunzione di personalità da parte dei corpi sociali può, e anzi deve, essere ricercato altrove – e la scienza del diritto pubblico trovò tale fondamento nello stato, il quale poteva dotare un corpo sociale di personalità giuridica, allo stesso modo in cui poteva destituirlo di detta personalità, con un atto che afferisce il suo significato sempre alla volontà statale (nell'esclusiva statale al conferimento e alla destituzione della personalità giuridica, si misurava l'incapacità del soggettivismo di fare i conti con i processi di produzione dell'oggettività e con i modi dell'organizzazione, l'insensatezza pubblicistica di questa intempestiva *loi Le Chapelier*).

La teoria della personalità di Hauriou era mossa dalla necessità di dare una soluzione al «problema dell'oggettività». Per Hauriou, i corpi sociali verificavano «*la fusion des volontés réalisée par le pouvoir*», un potere che è «*l'élément agglutinant des sociétés*»⁹⁶ e che è sociale, cioè oggettivo, pur avendo a che fare con una combinazione di iniziative soggettive. La scienza giuridica doveva spiegare la possibilità di una tale combinazione senza però ricorrere alla finzione, perché altrimenti rimaneva misterioso come il centro dell'attività giuridica venisse spostato dalla soggettività individuale all'oggettività sociale. Ricorrere allo stato per giustificare questo spostamento, del resto, non faceva che espungere il problema, rimuovendolo e quindi lasciandolo irrisolto (in una teologia politica dello stato come *deus ex machina*).

⁹⁶ M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, cit., p. 15. Hauriou ritornò a più riprese sul tema della realtà della personalità giuridica; cfr. i testi ora tradotti in M. HAURIOU, *La personalità giuridica*, Quodlibet, Macerata 2022.

Tutto l'istituzionalismo hauriouviano può essere letto come un tentativo di bilanciare e di dare una forma alla dialettica degli elementi soggettivi e oggettivi del diritto. Tra soggettività e oggettività, Hauriou ricercava un «equilibrio dinamico e aperto»⁹⁷, e ciò lo rendeva un critico accanito di quel movimento di «rivincita dell'oggettivo»⁹⁸, che seguì alla crisi del soggettivismo giuridico. Alle mancanze del soggettivismo, infatti, la scienza giuridica contrappose un'impostazione di senso opposto, che sforniva il diritto di ogni supporto soggettivo e, per Hauriou, esagerava per altro verso la stessa difficoltà di spiegare la produzione del diritto⁹⁹.

Dedicandoci adesso succintamente, dopo aver discusso il soggettivismo e la sua crisi, all'oggettivismo giuridico, per Hauriou la nuova concezione era bene esemplificata da Léon Duguit¹⁰⁰ e consisteva in una rifondazione del diritto che mettesse al posto della personalità la regola di diritto. Il ruolo che la volontà aveva assunto nei sistemi soggettivistici veniva sostituito dalla coazione impressa dalle regole di diritto ai comportamenti individuali, che solo poiché vengono qualificati oggettivamente rientrano nel dominio del diritto. Ai diritti che ai soggetti competono venivano sostituite le «situazioni soggettive», che sono le situazioni nelle quali essi vengono a trovarsi quando una regola di diritto li riguarda.

Ora, la *règle de droit* serve meglio delle costruzioni soggettivistiche a giustificare gli effetti di durata dei corpi sociali; infatti, una delle criticità di intendere la personalità giuridica come fittizia e artificiale era che non si vedeva ragione per la quale

⁹⁷ Cfr. S. CHIGNOLA, *Diritto vivente. Ravaisson, Tarde, Hauriou*, Quodlibet, Macerata 2020, dove l'attraversamento della teoria istituzionalistica di Hauriou è sempre una questione di giocare con l'instabilità degli equilibri (cfr. in particolare alla p. 186 e *passim* la trattazione fatta da Chignola della *situation d'état* hauriouviana, definita come un «equilibrio dinamico e aperto [...] suscettibile di reclutare indefinitamente nuove adesioni»).

⁹⁸ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 25.

⁹⁹ Cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 25: «La nuova tesi fu tanto radicale quanto quella alla quale si opponeva. Contro il fare dipendere ogni cosa dalla soggettività si schierò il far dipendere ogni cosa dall'oggettività».

¹⁰⁰ Cfr. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Parigi 1901 e *Traité de droit constitutionnel. I. La règle de droit – Le problème de L'État*, Fontemoing, Parigi 1927³. Curiosamente, e certo a grande dispiacere del giurista di Tolosa, Duguit elencava Hauriou, insieme a François Gény e Hans Kelsen, tra gli esponenti delle «dottrine oggettivistiche» (cfr. per questo accostamento L. DUGUIT, *Les doctrines juridiques objectivistes*, Estratto dalla «Revue du droit public et de la science politique», Giard, Parigi 1927).

l'attività giuridica dei corpi sociali non dovesse essere erratica e esibire invece la continuità organizzativa del diritto oggettivo. La regola di diritto risolve questo problema alla base: la sua capacità di imprimere una coazione sui comportamenti individuali dipende infatti da che essa sia una «*règle de fait*», una regola che si impone «*par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société*»¹⁰¹, e quindi si identifica con la stessa durata dei corpi sociali¹⁰².

Ma, criticamente, mettersi in questo modo dalla parte dell'oggettività significava presupporla già formata. La continuità dei corpi sociali andava a coincidere con il diritto e la scienza giuridica dimenticava di considerare tutti i fenomeni che, insistendo sulla durata, lasciano spazio alla novità. Rimuovendo dal diritto ogni elemento soggettivo, la scienza giuridica restava sfornita quando si trattava di pensare le operazioni di fondazione e le trasformazioni delle istituzioni.

Il ruolo assunto dalla regola di diritto nell'oggettivismo andava molto oltre la sua funzione di assicurare la continuità istituzionale che il soggettivismo non riusciva a garantire (la garantiva tanto poco che, nella scienza del diritto pubblico, la personalità giuridica dipendeva unicamente dal riconoscimento dello stato, che poteva anche sospendersela, come abbiamo accennato), e arrivava fino a costituire il fondamento del diritto, il quale, in tutto e per tutto oggettivo, coincideva con l'organizzazione della *société* dove gli individui si trovano in situazioni soggettive che gli propongono comportamenti determinati.

Le istituzioni devono alle regole di diritto la loro durata: la coazione della regolarità istituzionale viene impressa sui comportamenti individuali, ma è una regolarità che, a stretto giro di vite, è la stessa che consente alle istituzioni di formarsi e di essere riconoscibili come tali. L'oggettività, risolvendosi nella regolarità delle situazioni soggettive, si allontana da qualsiasi iniziativa volta a trasformarla – l'unico modo che rimane, per spiegarne la formazione, è riferirsi ancora alla regolarità con la quale si identifica. Qui, Hauriou obiettava a Duguit che, «se è vero che le regole giuridiche sono per le istituzioni un elemento di conservazione e di du-

¹⁰¹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 15.

¹⁰² La regola di diritto è «*en un sens la loi de la vie sociale. Cette règle ne dit pas à l'homme: Fais cela parce que c'est bien, parce que c'est utile, parce que ton bonheur en dépend. Elle lui dit: Fais cela parce que cela est. Elle ne repose pas sur un principe supérieur, mais seulement sur la réalité*» (*ibidem*).

rata, non se ne dovrebbe concludere che le creino»¹⁰³: sono le istituzioni, invece, che producono le *règles de droit* dando forma al proprio ordinamento. La loro durata, d'altronde, non è esente dalla novità, spiegata grazie ai processi di produzione di diritto oggettivo da parte delle istituzioni. Hauriou evitava così l'inconveniente dell'oggettivismo, incapace di fare fronte alla necessità giuridica di parlare di come le regole di diritto si trasformino. Assunto il punto di partenza dell'oggettivismo, infatti,

tutte le nuove creazioni della pratica sociale resterebbero fuori dal diritto per un numero indeterminato di anni, perché, non essendo più conformi né all'antica regola di diritto né a una nuova, la quale nascerà solo quando l'ambiente sociale si sarà scosso, si ritroverebbero in una terra di nessuno¹⁰⁴.

Dall'insoddisfazione di soggettivismo e oggettivismo, Hauriou ricavava il suo istituzionalismo giuridico. Veniamo nello specifico al concetto hauriouiano di istituzione, che interessava Cesarini Sforza, e lo interessò fino all'ultimo, per via della sua capacità di modellare la scienza giuridica intorno al problema della produzione del diritto a partire da uno studio delle istituzioni che le riferisce alla loro fondazione e le inserisce in una «vita» che non può essere devoluta alla storia¹⁰⁵, ma deve essere concepita giuridicamente.

Le istituzioni nascono, vivono e muoiono giuridicamente: nascono mediante operazioni di fondazione che, reiterandosi, forniscono loro il fondamento giuridico; vivono una vita al contempo oggettiva e soggettiva, grazie a ripetute operazioni giuridiche di governo e di amministrazione, vincolate, del resto, da procedure; infine muoiono, mediante opera-

¹⁰³ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 26.

¹⁰⁴ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 27.

¹⁰⁵ È un difetto che accomunava il soggettivismo e l'oggettivismo. Cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 28: «Il sistema soggettivistico ha dichiarato che la nascita degli Stati non riguarda che la storia, il che significa tagliar via dal diritto l'insieme delle operazioni necessarie alla loro fondazione; il sistema oggettivistico, d'altra parte, è costretto ad ammettere che la formazione delle regole giuridiche non riguarda che la storia, dal momento che la regola non ha niente di giuridico fintantoché non è accettata come obbligatoria dalla gran parte delle coscienze, il che richiede tempo».

zioni giuridiche di dissoluzione o di abrogazione. In tal modo occupano giuridicamente la durata e la loro solida concatenazione si incrocia con la trama più leggera delle relazioni giuridiche passeggiere.¹⁰⁶

L'occupazione giuridica della durata da parte delle istituzioni è un processo che conserva la dialettica di soggettività e oggettività: le istituzioni occupano la durata insistendo sulla novità che richiede la ripetizione della loro fondazione, una novità che si ripropone durante la loro vita e con la quale hanno a che fare producendo le trasformazioni rese necessarie dalla loro organizzazione. La dialettica di soggettività e oggettività viene messa a frutto per garantire continuità istituzionale ai corpi sociali, che si dotano di una personalità reale per esprimere un governo e una amministrazione – un potere sociale che richiama le sue prerogative ai suoi precedenti e crea precedenti in base alle sue prerogative.

Ora, perché la vita delle istituzioni è «al contempo oggettiva e soggettiva»? È noto che, per chiarirlo, Hauriou ricorreva all'*idée directrice* di Claude Bernard¹⁰⁷. «Sono oggetti che abitano in noi»¹⁰⁸, scriveva Hauriou, parlando delle idee che, nella fondazione di una istituzione, vengono realizzate nei corpi sociali secondo un «*triplice movimento di interiorizzazione, incorporazione e personalizzazione*»¹⁰⁹. È il movimento che definisce la creazione di una personalità giuridica, di un corpo sociale, nell'ipotesi, difficile e, tuttavia, affascinante, che «la tendenza alla personificazione [sia] un fatto naturale»¹¹⁰: *interiorizzata* in un corpo sociale, l'idea si *incorpora* quando l'istituzione comincia a disporre di organi di governo e di ammini-

¹⁰⁶ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 29-30.

¹⁰⁷ Cfr. CL. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Baillière, Parigi 1865, pp. 162-163, dove l'*idée directrice* è una «*idée créatrice qui se développe et se manifeste par l'organisation*», una «*idée vitale qui conserve l'être, en reconstituant les parties vivantes désorganisées par l'exercice ou détruites par les accidents et par les maladies*».

¹⁰⁸ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 22.

¹⁰⁹ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 41 (corsivo nel testo).

¹¹⁰ *Ibidem*. Il naturalismo, per così dire, di Hauriou aveva a che fare specialmente con un riferimento alla psicologia. Hauriou instaurava un complicato parallelo tra la personalità «corporativa» studiata dal diritto e la personalità umana studiata dalla psicologia parlando di una «psicologia comparata» (pp. 41-42) delle due che non si occupasse soltanto di capire quali elementi della personalità umana bisognasse ritrovare nelle istituzioni, ma anche quali elementi «corporativi» bisognasse ritrovare nelle personalità umane.

strazione per realizzarla (è in questo senso che le istituzioni sono «corporative»¹¹¹); quindi, l'idea si diffonde *personificandosi*, cioè riguarda gli individui in quanto richiede la loro adesione a essa e, secondo l'intervento del suo potere, realizza la *fusion* delle loro volontà (è in questo senso che le istituzioni sono «persone»¹¹²). È un gioco tra oggettività e soggettività che costituisce la durata delle istituzioni: «se l'incorporazione realizza per l'idea direttiva dell'istituzione una continuità oggettiva, la personificazione realizza a sua volta una continuità soggettiva di questa idea»¹¹³. Se vogliamo parlare della vita di un'istituzione, perciò, dobbiamo rivolgerci tanto all'oggettività del suo governo e della sua amministrazione, quanto alla soggettività degli individui che ne fanno parte con le loro volontà.

Intorno a una idea, che è l'«oggetto» delle istituzioni¹¹⁴, si forma una organizzazione oggettiva di organi di governo e di amministrazione, i quali agiscono secondo il potere sociale che detengono; quindi, l'idea passa nel corpo sociale a mano a mano che gli individui vi aderiscono e vi dirigono le loro volontà, realizzando la soggettivazione dell'organizzazione raggiunta. L'oggettività delle idee direttive e dei poteri governativi e amministrativi produce lo spazio per la soggettività della fondazione. «La fondazione è – infatti, secondo Hauriou – un'operazione soggettiva; le istituzioni corporative nascono nel contesto di una crisi di comunione tra le volontà fondative, nel corso della quale l'idea dell'opera passa allo stato soggettivo nelle coscienze degli aderenti»¹¹⁵.

La «fusione» delle volontà nella persona del corpo sociale, cioè la sua *personificazione*, non deriva da un atto di volontà del corpo sociale, ma produce, nel corpo sociale, quella stessa possibilità di agire secondo volontà. L'organizzazione raggiunta con l'*incorporazione*, in effetti, è soltanto parziale e provoca la necessità interna alla stessa organizzazione di dotare il corpo sociale di personalità e di fondarlo come istituzione.

¹¹¹ Cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 37.

¹¹² Cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 29.

¹¹³ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 62.

¹¹⁴ Ovvero non è il loro scopo, né la loro funzione (cfr. M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 33-34).

¹¹⁵ M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 59.

La dialettica di soggettività e oggettività continua poi una volta che l'istituzione sia stata fondata: alla soggettività della fondazione segue l'oggettività dell'istituzione, che però non può rinunciare, per sostenersi, a ripetere l'operazione che le ha dato luogo e che ne assicura la durata, realizzando l'idea direttiva nel corpo sociale. Come istituzione, inoltre, il corpo sociale produce diritto, dotandosi di organi nei quali, come abbiamo visto studiando il caso degli «*standards*» e delle direttive amministrative, vengono create le regole di diritto, che non sono altro che tratti e effetti organizzativi, e che, di ritorno, forniscono l'occasione per altrettante nuove fondazioni, entrando a fare parte di quella oggettività, dalla quale sono tirate fuori le idee direttive, che per loro conto danno inizio alle formazioni istituzionali.

L'istituzionalismo di Hauriou si proponeva di presentare, in questa dialettica di soggettività e oggettività, una teoria che rendesse conto della formazione delle «corporazioni», dei corpi sociali intesi generalmente. A questa generalità di riferimento si poteva obiettare, come obiettò Romano¹¹⁶, che l'insistenza, da parte di Hauriou, sulla realtà della personalità «corporativa» inficiasse la trattazione scientifica di quelle istituzioni, nelle quali la realizzazione dell'idea direttiva non arriva a personificarsi, passando allo «stato soggettivo» nelle coscienze degli individui, che aderiscono a essa prestandole il proprio consenso. Sebbene Romano riconoscesse a Hauriou il merito di aver presentato un concetto di istituzione lontano da quello della personalità giuridica delle «teorie della finzione», per lui era un errore fare della personalità giuridica una realtà se non si aveva intenzione di rivederne il ruolo generale nella descrizione di ogni corpo sociale, ruolo che essa aveva assunto nella scienza giuridica¹¹⁷. Per Romano, se è vero che ogni persona giuridica è una istituzione, non è vero il viceversa, che ogni istituzione è una persona giuri-

¹¹⁶ Romano dedicò a Hauriou alcune delle prime pagine di apertura de *L'ordinamento giuridico* (cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 41-44).

¹¹⁷ Nell'insistenza hauriouviana sulla «comunione» delle volontà che forma la personalità «corporativa», Romano sospettava il retaggio di uno statalismo indigesto: «l'Hauriou – scriveva – è stato trasportato dall'idea di foggiate le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore fra di esse, cioè dello Stato, anzi dello Stato moderno, mentre si trattava di delineare una figura generalissima, i cui caratteri contingenti possono variare, e variano in realtà all'infinito» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43).

dica – e ciò impediva al concetto hauriouiano di abbracciare tutto il mondo del diritto, come si proponeva di fare. Il senso di questa critica romaniana era chiaro a Cesarini Sforza e, per forza di cose, egli leggeva non Hauriou, ma un Hauriou *avec* Romano. La critica romaniana gli serviva in particolare a porre il problema di quelle organizzazioni «aperte» nelle quali il comando, l’iniziativa giuridica, non aveva modo di chiudersi nella soggettivazione delle sue intenzioni, un problema che Hauriou, poiché subordinava la riuscita dell’operazione di fondazione istituzionale alla riuscita della *personificazione*, non permetteva di affrontare a pieno¹¹⁸. Ma, ciò detto, Cesarini Sforza riscontrava comunque in Hauriou, meglio che in Romano, un istituzionalismo capace di guardare al diritto nel momento della sua formazione, formazione che avviene nel passaggio dalla soggettività all’oggettività del diritto.

Traducendo Hauriou, un Cesarini Sforza arrivato alla fine della sua produzione non si privava, insomma, del piacere di rimanere ancora affascinato dalla rappresentazione scientifica della «vita» del diritto che trovava nelle pagine del giurista francese. La vita del diritto, qui, è la dialettica di soggettività e oggettività che il diritto produce all’incrocio tra prerogativa e precedente, novità e durata. Non mancavano alcune criticità, dicevamo, che Cesarini Sforza rilevava nell’istituzionalismo hauriouiano (proprio come, anni prima, le aveva indicate Romano); ma Hauriou gli continuava a fornire lo spunto per interrogarsi sulla caratteristica «vivente» del diritto, un diritto che per definirsi non poteva fare a meno di prodursi, ponendo la scienza giuridica davanti all’affermazione di un potere che richiedeva, come ancora richiede, di essere pensato.

Se abbiamo cominciato la presente linea di attraversamento della filosofia del diritto di Cesarini Sforza rilevando l’attenzione retrospettiva che egli dedicava a Hauriou, non era per confondere la cronologia; nemmeno vogliamo dare l’impressione che, al «problema dell’oggettività», Cesarini Sforza sia arrivato dopo la lettura dei testi dell’istituzionalismo giuridico: il suo coinvolgimento nei dibattiti filosofici sul diritto lo aveva abituato a certe domande e, anzi, la filosofia del diritto, meglio della scienza giuridica, costituiva il terreno sul quale egli credeva che la

¹¹⁸ Di «comunità» aperte e chiuse Cesarini Sforza parlò nel 1936 nei *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., ora in *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata 2018.

dialettica di soggettività e oggettività potesse ricevere una formulazione adeguata e rigorosa. Sono vari, poi, e precedenti ai suoi interessi istituzionalistici, i luoghi dove Cesarini Sforza aveva incontrato il discorso sulla vita e sull'aspetto «vivente» del diritto. La singolarità di quello che, quando andremo a affrontarlo, non sapremo se chiamare l'istituzionalismo cesariniano (ma potremo introdurlo solo dopo averne attraversato la filosofia del diritto) sta in questo, che egli arrivava alla scienza giuridica in seguito a una critica filosofica del diritto che, nonostante le difficoltà di una produzione che ha rifiutato di farsi trattatistica, è possibile ricostruire. L'istituzionalismo può essere considerato uno dei punti di arrivo di tale riflessione, e tenere presente che la vita del diritto è il luogo della dialettica di soggettività e oggettività, com'era chiaro a Cesarini Sforza dai saggi di Hauriou, ci aiuterà a addentrarci nel suo percorso intellettuale, facendo un lungo passo indietro per vederne la formazione a partire dai primi dibattiti ai quali scelse di partecipare.

La vita «libera» del diritto

Nel 1906, un anonimo Gnaeus Flavius pubblicava l'opuscolo *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Hermann Kantorowicz, che si nascondeva dietro lo pseudonimo del vecchio giurista romano¹¹⁹, occupato in un soggiorno di studio bolognese, ne autorizzò una traduzione italiana, che vide le stampe nel 1908 con il titolo di *La lotta per la scienza del diritto* e qualche modifica, che l'autore si permise di apporre alla nuova edizione¹²⁰. Una modifica in particolare riguardava l'entrata in vigore, nel 1907, del *Code civil suisse*, del quale scrivendo l'originale tedesco Kantorowicz aveva potuto consultare soltanto i lavori preparatori e che, perciò, non era riuscito a citare per esteso.

Il *Code civil suisse* del 1907 innovava la scrittura delle disposizioni preliminari che stabiliscono i principi da seguire nell'interpretazione e nell'applicazione della legge: limitava lo scopo del codice alle materie trattate, contenute nella «lettera» o

¹¹⁹ Gneo Flavio è il giurista romano antico (IV-III a.C.) al quale viene attribuita la prima pubblicazione (*ius Flavianum*) delle *legis actiones* conservate nella tradizione orale patrizia. Era chiaro l'intento dissacrante dietro la scelta dello pseudonimo, e questo non andò perduto a Benedetto Croce (B. CROCE, *Recensione a H. Kantorowicz, La lotta per la scienza del diritto*, in «La Critica», 6, 1908, pp. 199-201), che coglieva la natura pamphlettistica del libro e perciò lo criticava, affermando con tono sprezzante che il «libriccino [...] avrà forse importanza pratica e politica, ma non ne ha nessuna dottrinale» (p. 199).

¹²⁰ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg 1906; H. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), *La lotta per la scienza del diritto*, Remo Sandron, Milano 1908 (ristampa anastatica per Arnaldo Forni, Sala Bolognese 1988, dalla quale citeremo).

nello «spirito» delle sue disposizioni e, in caso di «silenzio della legge», rinvia al diritto consuetudinario, invitando poi il giudice, qualora non fosse disponibile una consuetudine, a giudicare «facendo atto di legislatore» – prendendo il posto del legislatore, nelle sue decisioni il giudice doveva infine ispirarsi alla «dottrina» e alla «giurisprudenza».

La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence» (Code civil suisse, 1907, art. 1, testo francese).

Per capire la novità contenuta nelle disposizioni preliminari del codice civile svizzero, bisogna rifarsi al *Code civil des français* del 1804, che dette inizio alla lunga stagione della civilistica ottocentesca. Il *Code Napoléon* escludeva la possibilità che il giudice prendesse a pretesto, per rifiutare un caso a giudizio, il «silenzio», l'«oscurità» o l'«insufficienza» della legge, ma non si preoccupava di regolare in via preliminare in che modo si sarebbe dovuto procedere a dirimere una controversia qualora fosse sorto un dubbio circa l'interpretazione di un articolo del codice.

Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (Code civil des français, 1804, art. 4).

La responsabilità del *déni de justice* è del giudice, non del legislatore, che ha riunito nel codice civile l'insieme completo delle materie trattabili giuridicamente. Veniva a generarsi, così, un bisogno di interpretazione: affinché la decisione giudiziaria fosse possibile in tutti i casi, anche in quelli che, per esempio per novità sopraggiunta in seguito alla scrittura del codice, non vi saranno stati contemplati, era necessario estendere la ragione degli articoli di legge; per farlo, occorre principi che regolassero la procedura ermeneutica, ma in merito a quali fossero quei principi il codice taceva, era a sua volta silente.

Il codice civile italiano del 1865 (per altri versi, spesso, un vero e proprio calco del codice napoleonico) integrava un tentativo di regolare l'interpretazione della

legge, riconoscendone la lacunosità e consigliando l'impiego dell'analogia, oltreché il ricorso, in ultima istanza, ai «principi generali del diritto».

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto (*Codice civile del regno d'Italia*, 1865, art. 3).

Ma che cosa sono i principi generali del diritto? Li si può intendere come i principi che hanno ispirato la statuizione del codice: leggendo il codice nel suo insieme, ne risulta un disegno complessivo, che corrisponde alla volontà del legislatore da seguire durante l'interpretazione. E ancora però: chi è che legge il codice? La ricostruzione della volontà del legislatore a partire dalla lettera della legge è una operazione altamente specializzata, della quale non può incaricarsi soltanto il giudice: nascosta tra le righe della legge, scorgiamo la figura del giurista e la scienza giuridica, che si preoccupano di arrivare a un consenso sul significato dei codici, laddove questi non siano perspicui.

Il *Code civil suisse* del 1907 innovava la scrittura delle disposizioni preliminari riconoscendo al giudice una funzione analoga a quella legislativa e rendendo esplicito il ruolo assunto dalla «dottrina» e dalla «giurisprudenza». L'operazione conferiva alla legge carattere procedurale, rilevando l'importanza della decisione giudiziaria, e al diritto carattere scientifico, sancendo la scienza giuridica come fonte del diritto, secondo una complicità che, prima sotterranea, ora veniva formulata in un codice. Kantorowicz, che salutava con piacere questa innovazione, vi vedeva il compimento di una vecchia intuizione savignyana, che lo storicismo giuridico e la pandettistica non erano riusciti a sviluppare¹²¹.

¹²¹ Considerando il *Sistema del diritto romano attuale* di Savigny rispetto alla sua destinazione, ricordiamo che, fino alla pubblicazione del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, 1900), in Germania il diritto romano e specie le *Pandekten* avevano costituito il rinvio legale in caso di insufficienza della legge. Si capisce, perciò, come l'interpretazione del diritto romano avesse un significato indubitabilmente *heutig*, «attuale», e desse alla scienza che se ne occupava un immediato significato giuridico, finanche legale, nella sua complicità stringente con la pratica giudiziaria; quest'ultima si rivolgeva a quella per sapere come applicare i concetti e gli istituti romanistici al mondo del diritto di allora.

«*Mit der Wissenschaft als Rechtsquelle*», scriveva Kantorowicz, «*muß endlich Ernst gemacht werden*»¹²². Con ciò, alla scienza giuridica doveva essere riconosciuta la capacità di intervenire nella produzione del diritto, di essere, anzi, una vera e propria fonte del diritto. I «*Bedürfnisse des Rechtsleben*», le «esigenze della vita del diritto»¹²³ ricevono infatti una soddisfazione soltanto parziale nel codice, che non riesce a aggiornarsi alle trasformazioni dei fenomeni giuridici, come fa invece la scienza, che fa dipendere dallo studio di questi la sua scientificità. La vita del diritto è solo, da capo e per ora, un richiamo alla possibilità (che è una necessità) del diritto di trasformarsi, ricorrendo alle istanze che gli vengono condotte al momento della sua applicazione.

Savigny aveva invitato il giurista a dotarsi insieme di «senso storico» e «mente sistematica»¹²⁴, collocando tra questi due estremi il suo *Beruf*, la vocazione del suo mestiere; d'altronde, secondo Kantorowicz, la *Dogmatik*, la «giurisprudenza dogmatica» che si era occupata di riunire i risultati legali della produzione giuridica per istituti, si era attardata subordinando la storia al sistema, oppure aveva limitato la storia a un riferimento esterno che permetteva di rintracciare meglio la volontà del legislatore¹²⁵. Così facendo, la scienza giuridica aveva smarrito «*der individuelle Faktor*», il «*fattore individuale*»¹²⁶ che, richiamandola all'iniziativa dalla quale il diritto ha origine, richiedeva alla scienza di passare alla sua «*voluntaristische Pha-*

¹²² GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 20. «Alla scienza come fonte del diritto [...] deve, alla fine, serietà conferirsi» (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 91, corsivo nel testo). Si noterà che la traduzione del 1908 è scricchiolante e datata, seppure in fondo comprensibile.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Espressioni tratte da F. C. V. SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza*, in G. MARINI (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1982, pp. 122-123 da *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr, Heidelberg 1828²); cfr. sulla storia della codificazione in Germania l'*Introduzione generale* (pp. 7-44) di Giuliano Marini; su storicità e sistematicità del diritto nella scuola storica, cfr. adesso P. CORONA, *Riflettendo su sistema e storia nella scuola storica tedesca*, in «Italian Review of Legal History», 15, 2022 (8), pp. 531-558.

¹²⁵ Sull'espressione «giurisprudenza dogmatica» e per un'ampia bibliografia sull'argomento, cfr. E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 671-712.

¹²⁶ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 16 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 84, corsivo nel testo).

se», una «fase *volontaristica*»¹²⁷ nella quale i fenomeni giuridici fossero studiati accanto alla loro produzione.

Il «libriccino» di Kantorowicz ricordava nel titolo *Der Kampf um's Recht* di Rudolf von Jhering, che era stato una delle prime voci, e tra le migliori, a richiamare la scienza giuridica alla considerazione degli interessi coinvolti nella sistemazione degli istituti giuridici. In ogni sistemazione, argomentava Jhering, non sono i rigori logici a dominare, bensì l'esigenza di comporre interessi diversi e a volte contrastanti in un solo istituto: il diritto, scriveva Jhering, «*ist kein logischer, sondern es ist ein Kraftbegriff*»¹²⁸. Da un Savigny *mit* Jhering, Kantorowicz cercava di togliere l'intuizione di un diritto che non fosse rimosso dalla ricchezza della sua vita.

Se il diritto e la scienza giuridica devono essere qualcosa di ulteriore rispetto a un codice e alla sua sistemazione, se devono attingere all'individualità della produzione giuridica, apprezzando la pluralità degli interessi coinvolti, Kantorowicz si rivolgeva alla figura del giudice e alla «giurisprudenza» per trovare il luogo della «*freie Rechtsschöpfung*», la «libera creazione del diritto»¹²⁹: il diritto è creato *frei* prima di ogni legislazione e il giudice è la figura chiamata a formularlo, vicino alla vita del diritto nelle molte occasioni della sua applicazione. Il diritto «libero» precede l'operazione legislativa e anzi la fonda, con un ribaltamento dell'ordine di precedenza nel rapporto tra statuizione e applicazione del diritto.

¹²⁷ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 20 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 92, corsivo nel testo). Kantorowicz parlava di una «*Wille zum Recht*» (p. 36) che costituisce il fondamento diffuso del diritto, e dovendo fare un esempio di una scienza passata alla sua fase volontaristica citava la psicologia. Questo richiamo, che Kantorowicz non fu il solo a fare, richiederebbe ulteriori e più approfondite analisi.

¹²⁸ R. V. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, G. J. Manz'schen, Vienna 1872, p. 9 («Il diritto non è un concetto logico, ma un concetto di forza», *La lotta per il diritto e altri saggi*, Giuffrè, Milano 1989, p. 79). Nei suoi studi romanistici, Jhering era andato sempre più allontanandosi dalla giurisprudenza dogmatica, della quale pure agli inizi egli fu uno dei massimi interpreti; cfr. su tutta questa vicenda F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Giuffrè, Milano 1980, in particolare le pp. 123-162, mentre, in dettaglio su Jhering, ancora F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, in «*Zeitschrift für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*», 86, 1969, pp. 1-36 e M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, in «*Giornale di storia costituzionale*», 18, 2009 (2), pp. 111-132.

¹²⁹ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., pp. 20 e 49 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., pp. 92 e 154).

Das freie Recht – scriveva Kantorowicz – *ist der Boden, aus dem staatliches Recht hervorgeht: fast alle gesetzgeberischen Gedanken haben vorher als Sätze freien Rechtes existiert.*¹³⁰

Non nel codice, ma nella pratica giuridica, e nella pratica giudiziaria soprattutto, ha origine il diritto. Kantorowicz richiedeva quindi alla scienza un passaggio «*aus dem Buch ins Leben*» («dal libro alla vita»)¹³¹ che «liberasse» il diritto dai legacci della civilistica e della *Dogmatik*. Era un passaggio dalla figura del legislatore alla figura del giudice, dallo stato alla giustizia, quello che Kantorowicz attribuiva alla *Freirechtsbewegung*, il movimento del diritto libero del quale egli si faceva promotore, citando gli scritti vicini, «*in denen die Freunde unserer Bewegung sich ex professo geäußert haben*»¹³².

Alle volte, per riferirsi a questo insieme di autori, è in uso la formula di *Freirechtsschule*, la scuola del diritto libero, ma piuttosto che di una scuola si trattava di una generale comunità di intenti, che prese forma di movimento proprio grazie al manifesto di Kantorowicz, scritto con enfasi battagliera e in un momento storico in cui alcune idee iniziavano a essere discusse e anche accettate, com'è evidente dal *Code civil suisse* del 1907 e dal controverso caso francese del *bon juge* Magnaud. In appendice a *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Kantorowicz forniva una bibliografia minima della *Freirechtsbewegung*, dalla quale, per conoscenza, ci limitiamo a segnalare il nome dei tre esponenti maggiori: François Géný, Rudolf Stammler e Eugen Ehrlich (sebbene vicini tra loro, la disparatezza di questi autori chiarisce la difficoltà di parlare di una scuola del diritto libero)¹³³.

¹³⁰ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 14. «Il libero-diritto è il terreno dal quale nasce il Diritto-statale: quasi ogni pensiero legislativo esistette prima quale norma di libero-Diritto» (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 80).

¹³¹ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 47 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 150).

¹³² GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 9. Kantorowicz raccoglieva quegli scritti in cui «gli amici del nostro movimento [venivano avanti, esprimevano la loro adesione] ex professo» (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 63).

¹³³ Cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Parigi 1919², 1899¹; R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag, Berlino 1902; e E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, C. L. Hirschfeld, Lipsia 1903. Per la storia della *Freirechtsbewegung*, valgono qui soltanto alcuni accenni alle idee di Géný, Stammler e Ehrlich. Partendo dal

Se qualcosa accomunava le molte posizioni, questa era un'indagine dei modi di produzione del diritto; era un'altra maniera di avere a che fare con il codice, che si concentrava meno sulla sua sistemazione che sulle sue integrazioni; era una dislocazione del diritto, che lo rimuoveva dallo stato per consegnarlo alla consuetudine e, ancora meglio, a una scienza giuridica che non seguisse i destini della *Dogmatik*, che confluiva senza forzature apparenti nella scienza del diritto pubblico.

Tra il 1912 e il 1913, Cesarini Sforza dedicò a Kantorowicz e al movimento del diritto libero due articoli, tra i primissimi risultati della sua produzione: egli chiamava la *Freirechtsbewegung* un «modernismo giuridico»¹³⁴ e ne apprezzava le impli-

primo, nella sua *Préface* (1899) a *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (cit., pp. XIII-XXV) di Gény, Raymond Saleilles lamentava l'abitudine della giurisprudenza di costruire «une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente» (p. XVI), la personalità del legislatore, appoggiandosi alla finzione per la quale quella potesse essere adattata a qualsiasi situazione nuova e impreveduta. Saleilles dava credito a Gény di aver elaborato un metodo per superare le insufficienze di tale giurisprudenza civilistica, leggendo il diritto non più come un codice, ma come un «*texte incessamment vivant*» (p. XX). Per quanto riguarda Stammler, quando *Die Lehre von dem richtigen Rechte* fu tradotto in inglese, il titolo, *The theory of justice* (Macmillan, New York 1925), al netto della forzatura, rendeva evidente il problema della giustizia: è il problema di un diritto messo a confronto con un ideale sociale (*soziale Ideal*), che dà conto della legalità sociale (*soziale Gesetzmäßigkeit*) nella quale consiste la giustizia (*Richtigkeit*) del diritto («*Der Inhalt einer Norm ist richtig, wenn er in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideales entspricht*», R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, cit., p. 198). Celebre è infine il ruolo di Ehrlich nella fondazione della sociologia del diritto, e sempre a Ehrlich si doveva la diffusione dell'espressione di «*lebendes Recht*», «diritto vivente»; cfr. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, Monaco-Lipsia 1913 (dando la notizia della morte dell'autore, nel 1922 veniva pubblicato E. EHRLICH, *La sociologia del diritto*, in «*Rivista internazionale di filosofia del diritto*», 2, 1922 (2-3), pp. 96-110). Per un inquadramento storico della sociologia giuridica, cfr. il seminale, in Italia, R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1977 e A. FEBBRAJO, *E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente*, in «*Sociologia del diritto*», 9 (Seconda Serie), 1982 (3), p. 137-159.

¹³⁴ Cfr. *Il modernismo giuridico*, in «*Il Filangieri*», 37, 1912 (5-6), pp. 373-379, dove Cesarini Sforza dava questo nome alla *Freirechtsbewegung*, avvicinandolo al modernismo religioso, che, in quegli anni, spingeva per una riforma del cattolicesimo e sul quale aveva scritto G. GENTILE, *Il modernismo e l'enciclica*, in «*La Critica*», 6, 1908, pp. 208-229. Il paragone tra il movimento del diritto libero e il modernismo religioso era già stato fatto, per proprio conto, dallo stesso Kantorowicz; su questo passaggio, cfr. GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 38, dove all'uopo veniva menzionato O. PFLEIDERER, *Die Entstehung des Christentums*, J. F. Lehmann, Monaco 1905 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., pp. 131-132).

cazioni filosofiche¹³⁵. Stava elaborando la convinzione che il diritto potesse e dovesse essere pensato oltre il fondamento statalistico della scienza del diritto pubblico e con un riferimento all'*individualità* della sua produzione, che si ottiene, se non contro, almeno prima o comunque in integrazione dell'affermazione di una volontà del legislatore.

Nelle «vive lotte dei singoli», per Cesarini Sforza, il diritto conservava la «passionalità, per così dire, della sua vita» e veniva riprodotto «nella sua immediatezza forse contraddittoria, ma *viva*»¹³⁶. La «contraddittorietà» delle azioni individuali conduceva a conflitti separati da una grande distanza dalla continuità istituzionale garantita dallo stato, tanto che, a tutta prima, non si capiva perché il diritto libero dovesse essere preferibile al diritto «legato» (*gebundenes*) alla volontà del legislatore. E Cesarini Sforza conveniva che la ricollocazione del diritto nella sua vita era incomprensibile, se non si capiva l'esigenza filosofica di riportare, sempre di nuovo, ogni forma alla ragione della sua formazione.

Questa esigenza filosofica era soddisfatta solo in parte da Kantorowicz, al quale Cesarini Sforza rimproverava una timidezza che non gli aveva permesso di seguire con la dovuta radicalità il corso della sua impostazione. Kantorowicz aveva sviato il dibattito, sostenendo che al legislatore dovesse essere sostituito il giudice: non meno del legislatore, infatti, il giudice è una figura successiva alla formazione del diritto.

La sostituzione della libera volontà di un giudice che decida accuratamente caso per caso, alla volontà astratta, lacunosa del legislatore, non ha affatto il significato attribuitole dalla *Freirechtsschule*. In realtà, anche la decisione singola del giudice rappresenta la fissazione o «rettificazione» di un certo rapporto pratico, dalla quale rettificazione le parti in causa si sentiranno legate, che anzi esse medesime avranno sollecitato *per sentirsi legate*.¹³⁷

Se Kantorowicz aveva fatto bene a parlare del fattore individuale che, con importanza decisiva, interviene nella formazione del diritto, e a giusto titolo aveva

¹³⁵ Cfr. in questo senso *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 53, 1913, pp. 41-56.

¹³⁶ *Il modernismo giuridico*, cit., p. 374 (corsivo nel testo).

¹³⁷ *Il modernismo giuridico*, cit., p. 377 (corsivo nel testo).

invitato la scienza giuridica a entrare nella sua fase volontaristica, che consiste nel ritenere che le forme giuridiche siano «manifestazioni di una medesima forza individuale: la volontà»¹³⁸, d'altronde si era fermato appena prima di «liberare» il diritto dall'ipotesi formale dell'oggettività giuridica, senza tenere conto, nella sua interpretazione del giudice come creatore di diritto, del formalismo accentuato delle procedure giudiziarie e senza considerare che «[la] vera libertà è l'azione pura e semplice, trasfusione della volontà nel mondo»¹³⁹. Kantorowicz aveva perso di vista il movimento che produce il diritto convertendo la soggettività in oggettività e aveva mancato di osservare che tale movimento ha luogo nell'individualità dell'azione e non con la figura del giudice, che rappresenta invece soltanto una funzione di aggiornamento interna al diritto oggettivo.

Il giudice non può mai liberarsi *dalla* legge, ma soltanto si libererà *da una* legge: sarà dunque questione della preferenza che si deve dare ad una forma di diritto nuova e più completa, in confronto a forme vecchie ed incomplete, dell'importanza che si deve attribuire a certe materie che la legislazione tradizionale non considera, mentre la rinnovantesi coscienza giuridica chiede anche per esse un ordinamento; [...] la *Freirechtsbewegung* non porterà mai ad altro che all'abbandono di date forme giuridiche per sostituirle con forme diverse.¹⁴⁰

Il movimento del diritto libero ripete un *circolo dell'oggettività*. La proceduralità giudiziaria chiude il diritto a ogni exteriorità di riferimento, dandogli gli strumenti per affrontare gli aggiornamenti che si rendono necessari secondo le esigenze di una coscienza giuridica in evoluzione – ma il processo muove da una forma di diritto all'altra, queste forme sono prodotte da altre forme, e è entro lo stesso processo che il diritto oggettivo trova la necessità di rinnovarsi e le formule per farlo. Se vuole spezzare questo circolo, se dell'oggettività vuole fare un «problema» (come dovrebbe fare, visto come si posiziona «*nell'eterna lotta fra lo spirito soggettivo, individuale, sinonimo di libertà, e l'oggettivismo, l'autorità*»¹⁴¹), allora la *Freirechtsbewegung*

¹³⁸ *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 45.

¹³⁹ *Il modernismo giuridico*, cit., p. 377.

¹⁴⁰ *Il modernismo giuridico*, cit., p. 378 (corsivo nel testo).

¹⁴¹ *Il modernismo giuridico*, cit., p. 375 (corsivo nel testo).

dovrà corrispondere piú strettamente alla sua esigenza filosofica e non limitarsi a una ristrutturazione proceduralistica del diritto in chiave giudiziaria; dovrà dare spazio alla soggettività delle azioni individuali, secondo una impostazione che permette di cogliere le forme giuridiche nella loro formazione.

Del movimento del diritto libero, Cesarini Sforza aveva un'opinione tormentata: critico di Kantorowicz per la soluzione fornita da questi al problema della «creazione» del diritto, che trovava nella figura del giudice quella di un *frei Rechtsschöpfer*, tuttavia egli gli riconosceva il merito di avere espresso l'esigenza filosofica di avviare un pensiero sul diritto che ne mettesse in rilievo gli elementi singolari. Così, il suo tentativo fu quello di inscrivere il diritto libero in una concezione filosofica consapevole e ragionata, grazie alla quale potersi permettere di accettare, sebbene con riserva, alcune delle opinioni di Kantorowicz. «Il libero diritto», scriveva, «è la libera attività del singolo, il complesso delle azioni che i singoli compiono, nelle svariate contingenze della vita, in base al criterio del loro utile individuale. Perciò è vero [...] che quasi ogni norma positiva è esistita quale norma di libero diritto: infatti il contenuto di una statuizione legislativa consiste sempre in una data specie di azioni che si ritiene possibile appunto perché si è già manifestata nella vita pratica»¹⁴².

La concezione filosofica nella quale Cesarini Sforza inscriveva questo diritto libero doveva molto a suggestioni crociane¹⁴³, ma, a differenza di Croce, non con-

¹⁴² *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 46.

¹⁴³ Cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Ricciardi, Napoli 1926. La «memoria accademica» che, nel 1907, Croce lesse davanti all'Accademia Pontaniana di Napoli, e che ebbe una lunga e larga risonanza nella filosofia del diritto e nella scienza giuridica italiana, contiene affermazioni come le seguenti: «l'attività giuridica è l'attività dell'individuale» (p. 53); e poi: «il diritto [...] non può mai andar oltre l'azione singola» (p. 54). Sull'influenza che Croce esercitò su Cesarini Sforza, cfr. il lavoro, certo segnato da una qualche ossessione di completismo, ma perciò stesso quantomai definitivo, di A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, che si consiglia di affrontare accanto alla lunga recensione critica che gli dedicò P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: "illusioni" e "certezze" della giurisprudenza*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 5-6, 1976-1977, pp. 1031-1095. In gene-

tenne mai (eccezion fatta per alcune precoci esitazioni, subito rientrate del resto¹⁴⁴) il rifiuto della singolarità del pensiero giuridico; si potrebbe dire che la filosofia del diritto di Cesarini Sforza sia una filosofia dell'azione, ma ci si dovrebbe affrettare a precisare che è una filosofia dell'azione *giuridica*. Se si rivolge alla «libera attività del singolo», non lo fa per innalzare una filosofia generale, ma per dare ragione di come il diritto sia prodotto.

Acquisito questo vantaggio, Cesarini Sforza poteva occuparsi di rivedere le posizioni di Kantorowicz affinché diventassero il corrispettivo effettivo dell'esigenza filosofica che manifestavano. Ciò comportava rifiutare la soluzione giudiziaria di Kantorowicz, come abbiamo visto, ma significava anche rivedere il trattamento delle fonti del diritto. Una volta concesso, infatti, che la volontà del legislatore non sia l'unica fonte del diritto, la *Freirechtsbewegung* si preoccupava di sostituire alla scienza del diritto pubblico una teoria che formulasse in che modo le molte fonti del diritto, scoperte dopo avere collocato lo stato accanto agli altri frangenti nei quali il diritto è prodotto, dovessero ricomporsi tra loro. «Rinvenire l'ordinamento retto di queste fonti», affermava Kantorowicz, «ecco il gran problema della filosofia del diritto dell'avvenire»¹⁴⁵. L'importanza della figura del giudice assumeva in questo contesto un significato ulteriore, condensato nella funzione arbitrale, che le si attribuisce in sede amministrativa, ma anche in diritto processuale civile e penale, di ricomporre interessi diversi che si trovano a confliggere: il giudice diventava un ideale al quale il giurista e la scienza giuridica dovevano aspirare, mentre si occupavano di vagliare la rilevanza delle varie fonti del diritto e i loro conflitti, come fa il giudice davanti a un conflitto di interessi.

rale sulle vicende giuridiche del neoidealismo, cfr. V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978.

¹⁴⁴ Cfr. in questo senso *Filosofia del diritto e filosofia*, Estratto dal «Cœnobium», Casa Editrice del Cœnobium, Lugano 1912, p. 6: «La nozione del diritto, in quanto è prodotto empirico, deve [...] essere espulsa dal campo filosofico»; e *Introduzione alla filosofia del diritto*, 1913, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto. I. Filosofia e teoria generale*, p. 52, dove la filosofia è considerata «un solo atto di conoscenza», inscomponibile in sezioni. Si noti però che Cesarini Sforza negava soltanto la specificità di una filosofia del diritto, mentre non negò mai la singolarità della scienza giuridica, come aveva fatto Croce.

¹⁴⁵ H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 138.

Cesarini Sforza aveva un'altra rappresentazione del compito della filosofia del diritto. Egli giudicava che Kantorowicz sbagliasse quando proponeva di riformare la scienza giuridica trovando un ordinamento delle fonti del diritto che non le subordinasse tutte alla legislazione; infatti, il proposito stesso di ordinare le fonti non riesce a fuoriuscire dalla logica civilistica: per quanto si stemperi il primato dello stato con l'indicazione del rilievo di altri modi di produzione del diritto, resta che tanto il diritto prodotto quanto la sua fonte sono diritto oggettivo, cioè obbediscono a una ordinamentaltà che non si tratta di creare, ma di legittimare. Una fonte del diritto, per essere tale, deve autorizzare la produzione del diritto, ma la logica civilistica sta tutta qui, nell'oggettività dell'autorizzazione, la quale presuppone l'esistenza di un ordinamento, mentre l'esigenza giuridica di un soggettivismo *filosofico* invita a pensarlo al di fuori della sua costituzione.

Meglio che nella dislocazione della scienza giuridica dal legislatore al giudice, meglio che nella ricerca di un ordinamento delle fonti del diritto, Cesarini Sforza potrebbe essere vicino a Kantorowicz in una lettura consuetudinaria delle tesi della *Freirechtsbewegung*. Quale concetto se non la consuetudine poteva infatti rappresentare l'esigenza di separare il diritto dai processi di autorizzazione? In quanto tale, la consuetudine è una fonte del diritto che sposta il discorso mettendo l'accento non sulla legittimità di un contenuto giuridico, ma sul processo che l'ha prodotto e continua a produrlo.

Così, quando Cesarini Sforza affermava che «il diritto è in origine [...] sempre diritto consuetudinario»¹⁴⁶ e che il diritto si produce secondo un «processo mentale inconscio»¹⁴⁷, si potrebbe pensare che queste affermazioni fossero svolte aderendo ai motivi del movimento del diritto libero; ma si mancherebbe di considerare che, per Cesarini Sforza, non importava riferirsi ai modi della produzione giuridica, se prima non si erano fatti i conti con l'esigenza di pensare il diritto al di fuori, e al di là, dell'impostazione scientifica del suo discorso, dal quale fuoriuscire era meno agevole di quanto non sembrasse a Kantorowicz. In questo senso, il giurista di o-

¹⁴⁶ *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, in «Rivista critica di scienze sociali», 1, 1914 (8-9), pp. 410-422, p. 421.

¹⁴⁷ Cfr. *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Società Editrice Libreria, Milano 1913, p. 12.

rigini polacche e affiliazione tedesca non riusciva a mettere in discussione l'oggettività statale del diritto, solo si limitava a allargarne la ragione, abbracciandone la vita: in Kantorowicz, il diritto libero era pensato «come *diritto in formazione o latente*, cioè come materia del futuro diritto politico»¹⁴⁸. Ma il compito della filosofia del diritto non poteva né doveva essere (solo) quello di capire come si fosse formato il diritto politico, bensì era quello (anche) di criticarne i presupposti. Se Cesarini Sforza si riferiva alla consuetudine per spiegare la produzione del diritto, tale consuetudine non doveva avere una struttura predisposta al suo riconoscimento da parte dello stato. Si trattava di rivendicare filosoficamente una individualità di azione da ritrovare, questa sí, al fondo dei fenomeni giuridici:

il Kantorowicz è passato – si potrebbe dire – accanto ad un concetto filosofico, il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica, ma non ne ha dedotto tutte le conseguenze necessarie: anzi è rientrato subito nell'ambito della dogmatica.¹⁴⁹

La reticenza kantorowicziana a abbandonare l'ambito della scienza giuridica che criticava si vede bene nel caso delle lacune del diritto¹⁵⁰. Per la *Freirechtsbewegung*, che la legge sia lacunosa è un punto di partenza irrinunciabile: il diritto dello stato non basta a esaurire le materie che possono ricevere un trattamento giuridico; ma che dire del diritto libero? Kantorowicz affermava di non volere incorrere nell'errore di sostituire alla completezza statale una completezza di altro tipo, e perciò ammetteva, «*daß viele Rechtsfälle überhaupt keine rechtliche Lösung zulassen*»: «molti casi giuridici non consentono affatto alcuna giuridica soluzione»¹⁵¹, né considerata la legge, né considerato il «diritto», perché il diritto, anche quando è libero, può essere altrettanto lacunoso della legge. Quella di Kantorowicz può sembrare una cautela necessaria per non far subire al nuovo diritto le ipotesi del vecchio, per disfarsi del tutto dell'esclusività legislativa rivendicata dallo stato, e per aprire a una vita del diritto che non preservi la razionalità dell'autorizzazione. Eppure

¹⁴⁸ *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 47 (corsivo nel testo).

¹⁴⁹ Cfr. *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 48.

¹⁵⁰ Cfr. GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., pp. 14-16 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., pp. 83-84).

¹⁵¹ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 16 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 83).

non ci si accorgeva, così, che parlare delle lacune del diritto ha senso solo nella misura in cui il diritto sia accostato all'ipotesi della sua completezza: se un *Rechtsfall* non ha una *Lösung* giuridica, in che senso è un caso *giuridico*?

Nella reticenza kantorowicziana, Cesarini Sforza ritrovava la persistenza delle categorie della scienza del diritto pubblico. Le critiche cesariniane non ci devono fare dimenticare l'impegno a inserire le posizioni della *Freirechtsbewegung* in una cornice ampia di riflessione filosofica, impegno che distingueva Cesarini Sforza dal coro delle molte facili dismissioni con cui fu accolto il manifesto di Kantorowicz; e tuttavia, nemmeno dobbiamo dimenticare che, per Cesarini Sforza, la riflessione filosofica non si poteva limitare a giustificare o spiegare la produzione dei concetti e degli istituti giuridici, bensì doveva riferirli a una individualità di azione che, sospendendo l'utilità di quei concetti e di quegli istituti, permetteva di ricostruire la scienza giuridica su basi rigorosamente «volontaristiche», nel senso in cui sono i fenomeni di autonomia, che si verificano nelle azioni individuali, a riportare il diritto, e con esso la razionalità che lo ha pensato, alla sua formazione. È un terreno, questo, che può essere aperto da una concezione filosofica del diritto a partire dall'opposizione, che è certo classica, tra diritto naturale e diritto positivo, e che ci aiuterà a capire che cosa si debba intendere, per Cesarini Sforza, quando diciamo «diritto».

La vita naturale e positiva del diritto

«Die neue Auffassung vom Recht stellt sich dar als eine Auferstehung des Naturrechts in veränderter Gestalt», la nuova concezione del diritto libero è una «rievocazione» del diritto naturale, cambiato di forma – così Kantorowicz introduceva le pagine polemiche di *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*¹⁵². La *Freirechtsbewegung* prendeva le distanze dal positivismo giuridico ottocentesco, che dopo la stagione della civilistica e dei sistemi di diritto privato era arrivato agli enunciati della scienza del diritto pubblico, e riprendeva il diritto naturale, nella convinzione che questo fosse un diritto, «welches unabhängig von staatlicher Macht zu gelten beanspruchte»¹⁵³.

Forse ciò comportava fare un passo indietro rispetto ai guadagni teorici della scienza giuridica ottocentesca? Ma era necessario per smarcarsi dallo statalismo con cui il «secolo giuridico» tedesco era arrivato a chiudersi. La ripresa del diritto naturale caratterizzava quest'ultimo con parsimonia, attribuendogli la sola qualità di essere prodotto altrimenti che dallo stato, al di fuori dall'ipotesi di ogni principio di legalità, e relegava la scienza del diritto pubblico alla condizione di una ossessione allucinata per i processi di autorizzazione, che confondevano il diritto

¹⁵² GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 11 («La nuova concezione del Diritto si presenta come una resurrezione (sic) del Diritto naturale, mutato in aspetto», H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 67, corsivo nel testo). Ancora, la traduzione del 1908, benché per la maggior parte corretta, è a volte illeggibile, sebbene qui la colpa sia piuttosto delle scelte lessicali dello stesso Kantorowicz.

¹⁵³ *Ibidem*. Il diritto naturale era «un Diritto che pretendeva affermarsi indipendentemente dalla potestà dello Stato» (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., pp. 69-70).

con la legge e impedivano di apprezzarne la vita. Il concetto della naturalità del diritto si costituisce in opposizione a quello della sua positività: qui, è positivo il diritto posto legalmente dallo stato, mentre è naturale il diritto prodotto in altri luoghi. Così, alla legalità del diritto positivo, il diritto naturale contrapponeva la giustizia, secondo un movimento di «creazione» giuridica che, per verificarsi, non ha bisogno di una procedura determinata, sancita da un potere costituito. Inoltre, il richiamo al diritto naturale permetteva di portare avanti la riforma volontaristica della scienza giuridica, in quanto rifiutava l'unicità del riferimento alla volontà legislativa quando si trattava di rintracciare le fonti del diritto e la dissolveva nelle molte occasioni di affermarsi che si presentano alle volontà, al plurale. La volontà non è quella del legislatore, ma è il fondamento diffuso della produzione giuridica in genere.

Cesarini Sforza apprezzava la tensione che il diritto libero, commisurandosi al diritto naturale, introduceva nella scienza giuridica. Il movimento del diritto libero cercava di fare a meno dello stato, quando affrontava i fenomeni giuridici, e proprio perché rifiutava una chiave di lettura statalistica poteva affermare la sua vicinanza ai fenomeni che compongono il mondo del diritto. Ciò facendo, esso esprimeva un'esigenza che la filosofia del diritto conosceva bene e che era pronta a ricevere. Dalla *Freirechtsbewegung*, scriveva Cesarini Sforza,

quel che resta acquisito, o, meglio, riconfermato, per la filosofia, è la nozione di un diritto non-statuale; e nulla c'è da obiettare se i seguaci della nuova scuola risuscitano per questo diritto libero quella denominazione di diritto naturale, che di necessità risorge ogni qual volta si considerino i fenomeni giuridici dal punto di vista filosofico, e che deve dirsi per sempre tramontata soltanto nell'ambito della dogmatica del diritto.¹⁵⁴

¹⁵⁴ *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 47. L'uso cesariniano dei verbi «risuscitare» e «risorgere» è un rimando diretto al manifesto kantorowicziano e nasconde un malcelato scherno per le esagerazioni lessicali di Kantorowicz. Cesarini Sforza, così, faceva propria un'abitudine diffusa tra i giuristi e i filosofi del diritto che commentavano le pubblicazioni della *Freirechtsbewegung*, ritenute spesso poco raffinate e perciò prese poco seriamente. Se anche Cesarini Sforza faceva sua l'attitudine di molti studiosi, tuttavia, come sappiamo già ciò non significa che non riconoscesse e pure apprezzasse l'esigenza filosofica che il diritto libero manifestava.

La «dogmatica del diritto», intendendo con questo termine la sistemazione privatistica dei fenomeni giuridici per istituti della quale si serviva la scienza del diritto pubblico; la *Dogmatik* aveva rimosso ogni riferimento naturalistico, considerando come diritto il solo diritto positivo. Dalla rimozione del diritto naturale, in effetti, dipendeva la rivendicazione della scientificità della scienza giuridica, che lasciava alla filosofia la riflessione sul fondamento del diritto per dedicarsi allo studio dei fenomeni giuridici collocati nel tempo e nello spazio e nel conflitto degli interessi. Il positivismo giuridico, che infine rinunciava alla pluralità dell'attività giuridica riconoscendo allo stato un surplus di fenomenicità rispetto agli altri fenomeni, rinfocolava di per contro la vivacità delle posizioni filosofiche, che potevano opporgli con altrettanta sicumera. Allora, la filosofia del diritto ritornava alle sue opinioni «classiche».

La classica filosofia del diritto [...] concepisce il diritto, oltre che come formazione positiva, soprattutto come esigenza suprema dello spirito, come supremo criterio etico per giudicare le formazioni positive, approvandole o condannandole a seconda che soddisfano o non soddisfano (*sic*) a esso. Il vecchio diritto di natura può interpretarsi [...] non come sintesi di tutti i diritti storici, presenti e futuri, ma piuttosto come loro principio e modello ideale, fissato *aeterna ratione*.¹⁵⁵

Con una formula un po' tortuosa, potremmo dire che lo *ius naturale* rescindeva tutti i suoi legami con lo *ius gentium*, in un esercizio di radicalità che spesso, com'è chiaro, restava nelle intenzioni. La riflessione filosofica faceva da controparte dell'analisi scientifica: come la scienza giuridica racchiudeva la giuridicità nella posizione effettiva del diritto, circoscrivendola, così la filosofia del diritto non si accontentava di un diritto naturale che servisse a riunire i concetti fondamentali dei molti diritti positivi, ma lo elevava a principio di ogni posizione del diritto. Da una parte e dall'altra, il risultato era una stessa refrattarietà alla storia: mentre la filosofia del diritto tagliava corto sugli spazi e sui tempi, andando a ricercare il principio dell'attività giuridica in genere, la scienza giuridica faticava a uscire da

¹⁵⁵ *Filosofia del diritto e filosofia della storia*, 1915, in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto. I. Filosofia e teoria generale*, cit., pp. 74-75.

una collocazione troppo precisa del diritto nella storia – dovendosi la giuridicità alla positività del diritto, cioè alla sua sanzione statale, come risolvere il caso di un diritto come il romano, che non era autorizzato da uno stato nel senso moderno del termine e che in ogni caso è decaduto e si è estinto?

Presentare la scienza giuridica e la filosofia del diritto in questa loro antiteticità non fa un favore a nessuna delle due, ma dobbiamo ricordare di nuovo che la radicalità di queste impostazioni finiva spesso nella generalità dei propositi, per lasciare spazio, nello svolgimento delle analisi scientifiche e delle riflessioni filosofiche, a numerosi compromessi. Tuttavia, prima di averla considerata, non possiamo escludere la possibilità che il richiamo al diritto naturale arrivasse agli estremi ora descritti, nella rappresentazione che la filosofia del diritto si faceva della scienza giuridica, e nemmeno possiamo permetterci di ignorare le suggestioni che Cesarini Sforza ricevette da una filosofia del diritto che rinunciava a qualsiasi indicazione giuridica *positiva*. A che cosa portarono queste suggestioni? Quale posto occuparono nella formazione del pensiero cesariniano? E come egli fu capace, se lo fu, di evitare le insidie e l'antiquarietà di una concezione «ideale» del diritto, del tutto sganciata dalla storia?

Per rispondere a queste domande, e per porre in altri termini, più accurati, la distinzione tra scienza giuridica e filosofia del diritto, possiamo rivolgerci intanto a un'altra lettura giovanile di Cesarini Sforza, un interlocutore che fa capire bene, e meglio di Kantorowicz, l'estensione filosofica del richiamo al diritto naturale. Parliamo di Giorgio Del Vecchio, del quale non va sottovalutata l'importanza per la filosofia del diritto italiana nella prima metà del novecento: ritardata per lo scoppio della prima guerra mondiale, fu sua l'idea di fondare, nel 1921, la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, che diresse dando alla riflessione filosofica sul diritto un giornale di prestigio dove affrontare e svolgere i propri dibattiti (nello stesso anno, egli assumeva la direzione dell'*Archivio giuridico*, rivista centrale e di retaggio inaugurale della scienza giuridica italiana); inoltre, le sue opere, fin dalle prime, ebbero larga diffusione internazionale, grazie a un numero ingente di traduzioni all'estero (un privilegio assai raro, in un contesto accademico europeo in genere nazionale, come era quello di allora).

In un suo intervento del 1911 *Sulla positività come carattere del diritto*, che faceva uso di idee sviluppate con ampiezza in altri contesti¹⁵⁶, Del Vecchio si preoccupava di partecipare anch'egli al dibattito sul diritto libero, sostenendo la sua tesi del «diritto come ideale»¹⁵⁷. Invece però di metterne a tema le proposte teoriche, alla *Freirechtsbewegung* Del Vecchio rimproverava, innanzitutto, i pericoli delle sue conseguenze politiche.

Del Vecchio sosteneva che la proposta kantorowicziana, che esaltava il ruolo del giudice nel processo di «creazione», di produzione, del diritto, sovvertisse le garanzie allestite in favore della libertà giuridica degli individui e i freni posti a quello che, per lui, era l'arbitrio del giudice¹⁵⁸. È una obiezione stanca, di un liberalismo quasi manieristico, ma, con tutta la sua fretteolosità, essa ci fa capire la distanza che Del Vecchio frapponeva tra sé e Kantorowicz, e che non gli lasciava il tempo di soffermarsi sul richiamo naturalistico della *Freirechtsbewegung*, richiamo che avrebbe potuto avvicinarla alla direzione intrapresa dal suo pensiero, anch'esso alle prese con una rivisitazione del diritto naturale. In retrospettiva, poi,

¹⁵⁶ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere del diritto*, in «Rivista di Filosofia», 3, 1911, pp. 34-48 (è il testo della prolusione pronunciata dall'autore a Bologna in occasione del suo incarico alla cattedra di Filosofia del diritto). La produzione di Del Vecchio può essere considerata affrontando una «trilogia» di scritti: *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, 1905; *Il concetto del diritto*, 1906; *Il concetto della natura e il principio del diritto*, 1908. I tre testi furono raccolti in vista della loro traduzione inglese in ID., *The formal bases of law*, The Boston Book Company, Boston 1914¹ (Macmillan, New York 1921²) e più tardi in ID., *Presupposti, concetto e principio del diritto (Trilogia)*, Giuffrè, Milano 1959. Del Vecchio ritornò sui temi trattati nella sua trilogia in ID., *La giustizia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (2, 3 e 4), pp. 143-159, 229-255 e 418-449 e in ID., *Sulla statualità del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 9, 1929 (1), pp. 1-21. Sul suo pensiero, cfr. D. QUAGLIO, *Giorgio Del Vecchio. Il diritto fra concetto e idea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984.

¹⁵⁷ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 47.

¹⁵⁸ Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 42 (corsivo nel testo): «È [...] da oppugnare quella tendenza, che si manifesta oggi nella scuola del così detto *diritto libero*: onde si vorrebbe lasciare all'arbitrio del giudice non solo la decisione del caso singolo, ma anche la statuizione della norma da seguire nella medesima. Con ciò si disconoscono interamente i requisiti e i limiti logici della funzione giudiziale; i quali limiti, nello Stato moderno, hanno pure il significato di una fondamentale garanzia della libertà [...]: la pretesa "libertà nell'applicazione del diritto" costituirebbe effettivamente, oltre che un paralogismo teoretico, un pericolo permanente contro la libertà giuridica dei cittadini».

la noncuranza con cui Del Vecchio dismetteva la proposta di Kantorowicz mette in risalto, per contrasto, l'attenzione interessata prestata da Cesarini Sforza al movimento del diritto libero.

Gli interessi di Del Vecchio lo allontanavano dai fenomeni giuridici e egli sostituisce, alla critica kantorowicziana del positivismo giuridico, una critica della positività del diritto *tout court*. Ora questa positività poteva essere: (a) un presupposto filosofico, o (b) un riferimento seguito nella pratica dai giuristi.

(a) Da un punto di vista *filosofico*, il positivismo serve a mettere a fondamento del diritto una fenomenicità di affermazione, che rimuove la possibilità che si dia un diritto che non rechi la traccia della sua esistenza empirica; perciò viene esclusa la possibilità del diritto naturale. E tuttavia, tale esclusione si basava, per Del Vecchio, su una inaggirabile e indebita *petitio principii*.

L'impossibilità di un diritto non positivo si deduce semplicemente da ciò, che si è supposto *a priori* che il diritto sia soltanto un fenomeno, e non possa avere altra esistenza che quella empirica. La dimostrazione di questo dommatico (*sic*) presupposto sembra superflua ai positivisti, che però (*sic*) non dubitano di respingere, senza una vera analisi critica, la nozione del diritto naturale, in tutte le sue forme antiche e recenti.¹⁵⁹

Il positivismo filosofico applicato al diritto fa di quest'ultimo un insieme di fenomeni. Il rifiuto del diritto naturale discende dalla negazione della sua idealità, ma, per Del Vecchio, tale rifiuto, per denegare al diritto ogni carattere ideale, finisce per essere ideologico: la fenomenicità del diritto viene presupposta, senza che siano esplorati i modi del suo funzionamento, i modi in cui il diritto viene posto. «Quando il diritto è veramente positivo? Come si compie ed in che consiste essenzialmente la sua *posizione?*», chiedeva Del Vecchio. Possiamo rimandare la positività del diritto alle «esigenze comuni della natura umana» e intendere per positivo quel diritto, «che, in un certo momento, *regola effettivamente* la vita di un popolo»¹⁶⁰. Ma questo, che è il punto di partenza del positivismo, è un presupposto che va

¹⁵⁹ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 37.

¹⁶⁰ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 40 (corsivo nel testo).

svolto: se pure il diritto è un fenomeno che ritroviamo nella «vita di un popolo», quali sono i criteri secondo i quali esso vi appare? Possiamo dire di ritrovare il diritto nella legge, oppure possiamo dire di ritrovarlo nella pratica, ripetuta e ripetuta; in entrambi i casi, però, il positivismo non sembra riuscire a comprendere secondo un criterio preciso di positività tutto il diritto che afferma di considerare: nella legge non ricevono formulazione giuridica molti fenomeni dall'innegabile carattere di diritto e ciò che riceve formulazione giuridica non è sempre diritto, la legge rinviando spesso a guadagni teorici ottenuti in altri contesti; d'altra parte, la sola ripetizione di una pratica non dà a quest'ultima carattere di diritto, siccome la consuetudine non è solo e soltanto giuridica. La legge si limita a enunciare un principio giuridico, mentre la pratica richiede di essere osservata; ma da dove riceve la sua giuridicità il principio che viene enunciato? E secondo quale criterio una pratica può proporsi all'osservanza? Sono domande alle quali il positivismo deve rispondere.

Acciocché s'abbia veramente un diritto positivo non basta [...] l'enunciazione astratta di un principio giuridico, né, per converso, l'osservanza di una pratica qualsivoglia; ma occorre che un criterio di natura giuridica – determinante un'obbligazione e una pretesione correlative – sia inserito nel sistema regolatore di un certo popolo in guisa, che la sua osservanza non dipenda dal mero arbitrio di colui che vi sia tenuto, né dalla mera forza di colui che v'abbia interesse. Occorre, in altre parole, che esista un'organizzazione sociale capace di corroborare la volontà del singolo, in quanto pretenda l'adempimento di una regola di diritto.¹⁶¹

Non nella legge o nella pratica, ma nell'oggettività di una «organizzazione sociale» il positivismo doveva ritrovare infine il criterio della positività del diritto. È questo, per Del Vecchio, il fondamento di ogni positivismo, che, lasciando indeciso quale sia la natura del potere che si preoccupa di rendere positiva l'affermazione di un certo contenuto come giuridico, solo sostiene la necessità, affinché di positività si parli, che un certo contenuto giuridico debba essere fatto rientrare nei bisogni organizzativi di un corpo sociale. L'assunzione di positività da parte di un

¹⁶¹ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 41.

contenuto giuridico segnala che una organizzazione sociale si è preoccupata di strutturare il diritto in modo tale che una certa «determinazione giuridica» le serva per sostenersi: è perciò che essa riceve la sanzione che la rende positiva.

Giunto pure così a raffinare l'indagine positivista sul diritto, tuttavia Del Vecchio poteva ritenere che, anche a questo stadio approfondito, il positivismo mancasse di spiegare in che modo una determinazione, che diventa positiva, prima sia diventata giuridica: se è positivo il diritto che riceve sostegno da una forza sociale, è un errore ritenere che, insieme alla positività, quel diritto assuma nello stesso momento un carattere, appunto, di diritto. Affinché sia denominato come positivo, un diritto deve essere «diritto», un contenuto deve essere giuridico, ma come possiamo giustificare questa sua caratteristica? Se confondiamo la positività e la giuridicità, dicendo che una certa determinazione è giuridica per il mero fatto di essere posta, stiamo ancora seguendo alla *petitio principii* positivista in base alla quale il diritto è un insieme di fenomeni, senza pensare che un fenomeno, per essere tale, deve avere una ragione per la sua fenomenicità, la stessa ragione che rende giuridica una certa determinazione prima che essa sia positiva.

Iniziava a farsi strada l'idea che il diritto non coincida con la sua realtà come essa appare fenomenicamente, ma sia invece il «principio» o la «forma» della fenomenicità giuridica. Il fenomeno giuridico è positivo secondo la logica della sua apparizione, ma esso appare insieme a una esteriorità di riferimento.

I fatti o la serie dei fatti, che rendono *positiva* una determinazione giuridica, non la rendono insieme *giuridica*; poiché questa proprietà non è storica, ma puramente logica, e superiore, in questo senso, alle vicende e al flusso del tempo. Qualunque sia il grado della forza sociale che la sostiene, sia o no per un certo tempo predominante, sia affermata da qualcuno soltanto o da molti, una proposizione giuridica conserva il suo proprio significato, cioè resta una proposizione giuridica: senza che, per riconoscerle tal carattere, sia d'uopo prima accertarsi dell'applicazione ch'essa abbia avuta in uno o in altro momento storico.¹⁶²

¹⁶² G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., pp. 43-44 (corsivo nel testo).

Del Vecchio insisteva così su un duplice registro temporale: quello senza tempo della giuridicità e quello sincopato della positività, che incide sulla giuridicità frammentandola nelle molte occasioni che le forze sociali danno al diritto di affermarsi. Ma se la giuridicità cambia i suoi tratti, le sue caratteristiche, ciò non significa che essa lo faccia secondo i movimenti discreti della positività: la temporalità propria del diritto non è empirica, non può essere compresa nella successione dei fenomeni, ma è quella della continuità dalla quale, e in ragione della quale, i fenomeni si staccano.

L'intera (*sic*) compagine del sistema non ammette scissure, né si muta *ex abrupto*: ma una continua elaborazione organica ne permette un progressivo rinnovamento, che non può mai interrompersi se non s'interrompa la vita stessa.¹⁶³

Ora, se il registro temporale della giuridicità è senza tempo e distante dall'empiricità dei fenomeni, questo implica che il diritto può essere definito senza riferimento alle forze sociali che lo rendono positivo, commisurandolo ai bisogni della loro organizzazione. Consiste in ciò l'«idealità» che Del Vecchio rivendicava per il diritto: il diritto predispone una forma che la filosofia può definire e che, quando la si ritrova al fondo dei fenomeni, permette di caratterizzarli come giuridici. Il diritto è ideale, perché lo si deve definire filosoficamente – e non si potrà parlare di diritto, a meno di constatare l'ottenimento di questo suo presupposto ideale. Il diritto, secondo Del Vecchio, è quindi un criterio,

secondo il quale si delinea un ordinamento obiettivo, un sistema di compatibilità o compatibilità reciproche tra i soggetti operanti [...]. Il diritto è [...] il criterio, che valuta e definisce in un senso obiettivo o *correlativo* il contegno di più soggetti [...], implicando una condizione di *alterità*, un limite ed un rapporto tra più persone [...]. Qualunque proposizione, nella quale si verifichi questo schema, cioè s'affermi un tale rapporto intersubiettivo, ha senza dubbio il carattere del diritto.¹⁶⁴

¹⁶³ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 43.

¹⁶⁴ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 44 (corsivo nel testo).

L'oggettività alla quale il diritto deve ricollegarsi non è l'oggettività del positivismo, che la riallacciava a una certa organizzazione e al potere di una forza sociale; bensì, è una oggettività costituita dai rapporti nei quali i soggetti o persone entrano e che, nella loro possibilità, costituiscono il diritto. Il diritto, perfettamente «umano» in quanto criterio di definizione dell'oggettività delle relazioni nella «correlatività» dei comportamenti, è uno schema che serve a rendere giustizia delle molte variazioni del diritto positivo e che, pure nella diversità dei fenomeni, tuttavia conserva quanto un rapporto ha di giuridico. Il rinnovamento del diritto positivo deriva proprio dalla possibilità di attingere a un serbatoio giuridico ideale per giudicare il diritto presente e modificarlo:

[il] diritto positivo, in quanto rappresenta una realtà di fatto, è sottoposto a una valutazione *sub specie juris*, ossia vuol essere ragguagliato a un criterio della giustizia, indipendente da ogni sanzione storica. Questo criterio vive nella coscienza umana, che è una e uniforme nei suoi principi, sopra i quali si viene spiegando di grado in grado. Negli istituti che si succedono nella storia la vocazione giuridica della coscienza si riflette bensì, ma non si esaurisce. Ché anzi lo svolgimento degli istituti non sarebbe possibile, se non potesse opporsi un nuovo diritto a quello già stabilito, ossia non vi fosse una naturale giurisdizione, che la coscienza esercita in guisa autonoma su gli (*sic*) oggetti già contemplati dagli ordinamenti giuridici positivi, indi anche sui medesimi ordinamenti.¹⁶⁵

L'«umanità» del diritto esprime una esigenza filosofica che il positivismo ha rimosso, schiacciando il diritto sul diritto positivo. Questa esigenza è rappresentata bene, invece, dal diritto naturale, un diritto che non ambisce alle trasformazioni discrete degli istituti di diritto positivo, sottoposti all'erraticità delle forze sociali, ma si fa carico di una continuità che risiede nella vita del diritto. Quest'ultima, poi, è «umana» in quanto il diritto è la forma che le relazioni prendono quando viene considerata l'oggettività dello schema risultante dalla «corrispettività» dei comportamenti¹⁶⁶.

¹⁶⁵ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., pp. 46-47.

¹⁶⁶ «L'esigenza del diritto naturale – scriveva Del Vecchio – permane, nonostante le negazioni positiviste e le attenuazioni di un equivoco storicismo [...]. Il diritto naturale esiste,

Ecco spiegato l'approccio filosofico di Del Vecchio al diritto naturale: il diritto naturale è la forma del diritto, una forma ideale che permette una ricognizione ragionata delle sue affermazioni positive e ne riferisce le variazioni a un movimento nel quale si realizza lo stesso ideale di giustizia che rende possibile parlare di diritto – questo ideale è commisurato alle relazioni tra soggetti o persone, dalle quali proviene l'esigenza di darsi un ordinamento. E ecco spiegata anche la dismissione frettolosa dell'approccio di Kantorowicz: il diritto libero, non preoccupandosi di approfondire la caratura idealistica del diritto naturale, non fornisce un criterio in base al quale sia possibile decidere che cos'è il diritto nella storia, ma lo disperde in una storia episodica composta da situazioni disparate, dalle quali, non potendo generare, esse da sole, ragioni sufficienti alla composizione ordinata degli interessi, il diritto viene rassegnato all'arbitrarietà dei modi della sua affermazione positiva. Per fare fronte a questa arbitrarietà, occorre puntare sulla stabilità della forma che, per essere giuridici, assumono i rapporti tra gli individui quando si danno un ordinamento.

(b) Ricevendo la portata assunta nelle riflessioni di Del Vecchio dal diritto naturale, insieme alla sua concezione idealistica del diritto, Cesarini Sforza vi si confrontava nello stesso modo tormentato in cui si era rivolto a Kantorowicz: interessato all'esigenza filosofica che Del Vecchio esprimeva, tuttavia ne valutava criticamente gli sviluppi e cercava di apportarle le dovute correzioni.

Egli s'incaricava di una stessa postura filosofica, quando confermava a Del Vecchio il merito di avere fermato gli estremi di una critica al positivismo, un positivismo che risolveva proceduralmente il problema del fondamento della posizione del diritto, oppure lo rimuoveva, identificando il diritto con un corpo sociale o con la «società».

È stato senza dubbio un grande progresso, di fronte a certe nozioni del diritto positivologiche – scriveva Cesarini Sforza parlando di Del Vecchio –, l'affermazione che la

ossia vale, per ciò che esiste e vale l'essere umano, del quale è attribuito non separabile» (G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 47).

vera unità del fenomeno giuridico è offerta soltanto dal suo universale logico, dalla *forma* di esso.¹⁶⁷

C'è qui la condivisione di quella particolare naturalità del diritto, del tutto filosofica, che Cesarini Sforza apprezzava anche in Kantorowicz, pur dovendosi preoccupare di riscriverne le opinioni per collocarle in una filosofia del diritto accorta della specificità delle proprie tesi. Tuttavia, egli rimproverava a Del Vecchio di avere ritrovato il principio filosofico del diritto nell'oggettività del rapporto tra i comportamenti in relazione: pure considerato dalla riflessione filosofica, il diritto rimaneva incardinato nella necessità di un ordinamento delle azioni, rappresentato dallo schema giuridico sotteso a ogni loro messa in relazione, e perciò del tutto oggettivo, refrattario a ogni istanza soggettivistica; l'oggettivismo di questa concezione la portava, quindi, a convergere sostanzialmente con l'impostazione della scienza del diritto pubblico¹⁶⁸. Né la convergenza era appena superficiale, se riguardava anche le immediate conseguenze politiche dello schieramento teorico¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 42, n. 2 (corsivo nel testo).

¹⁶⁸ Cfr. *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., p. 43, n. 2: «Il concetto formale del diritto che questa scuola perviene a costruire – scriveva Cesarini Sforza parlando sempre di Del Vecchio – presuppone [...] una nozione del fenomeno giuridico del tutto empirica, quella nozione stessa di “giuridicità” che sta a base della scienza; è dunque un concetto soltanto generale, di grandissimo valore per una determinazione del diritto veramente scientifica, ma che non può mai essere elevato a dignità filosofica, e che resta lontano dalla filosofia, per quanto sia presentato come un prodotto di questa».

¹⁶⁹ Apprendo la nostra trattazione della filosofia di Del Vecchio, abbiamo registrato la sua critica al movimento del diritto libero, tutta incentrata sulle sue conseguenze politiche. Da quel passaggio, certo ingenuo, adesso possiamo ricavare che Del Vecchio non disdegnasse di supportare filosoficamente il ruolo che lo stato svolgerebbe nel mantenimento di un ordine sociale e che, in fondo, non veniva mai messo in dubbio. Da questo punto di vista, anche quando la sua insistenza sulla naturalità del diritto si fece più incerta, in corrispondenza degli svolgimenti della scienza giuridica italiana e europea (che registrava il superamento generale di ogni concezione naturalistica del diritto, anzi ostracizzava ogni riferimento al diritto naturale bollandolo come non scientifico), è indicativo che Del Vecchio poté farsi sostenitore di uno statalismo «filosofico» a partire dai cardini del suo pensiero; cfr. G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, cit., nel quale Del Vecchio affermava che, nonostante la pluralità dei luoghi nei quali il diritto è prodotto, lo stato conserva il compito ideale di realizzare il principio giuridico della giustizia (cfr. nello stesso senso G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit.).

Del Vecchio si rivolgeva al positivismo come a una concezione filosofica opposta al suo naturalismo. Per porre con la dovuta raffinatezza il contrasto tra diritto positivo e diritto naturale, egli riteneva di doversi dedicare alle «controversie filosofiche» che comprendevano, da una parte, un riferimento alla fenomenicità del diritto e, dall'altra, un riferimento alla sua idealità. Così, metteva da parte, e risolveva in poche parole, l'approccio della scienza giuridica, che relegava all'orizzonte di una «pratica» legalistica che non si preoccupa delle sue contraddizioni. Per quanto andassero nella direzione di equiparare il diritto alla sua fenomenicità, una direzione che, come abbiamo visto, gli lasciava molto a desiderare, comunque i positivismi filosofici¹⁷⁰, di per contro alla scienza giuridica, avevano il merito di ricercare un inquadramento generale per le loro riflessioni:

in tutte queste filosofiche controversie la positività del diritto è sempre intesa in un senso molto più ampio, che non si soglia dai giuristi pratici e non filosofi. Per questi, «diritto positivo» significa spesso soltanto il sistema vigente nello Stato al quale essi appartengono; onde, a questa stregua, non si direbbero «positive» le norme osservate da altri popoli o in altri tempi, e tanto meno poi quelle proprie di popoli e tempi molto remoti.¹⁷¹

Del Vecchio sbrigava in fretta le sottigliezze del positivismo *scientifico*, riducendole a una applicazione statalistica dei principi filosofici; ma è proprio a queste sottigliezze, come ora vedremo, che Cesarini Sforza cercò di richiamarlo, le sottigliezze di quei «giuristi pratici e non filosofi», che Del Vecchio tanto facilmente ignorava. La critica che Cesarini Sforza gli rivolgeva ci aiuterà così a capire i difetti di un discorso che resta soltanto filosofico, senza riguardare gli avanzamenti della scienza giuridica.

¹⁷⁰ Una figura (che qui vale la pena citare per conoscenza) rappresentativa dello schieramento filosofico avversato da Del Vecchio è quella di Salvatore Fragapane, che anziché studiare idealmente la giustizia come un presupposto del diritto la intendeva come una «funzione degli aggregati sociali relativa alle loro condizioni materiali e morali, alla loro maggiore o minore complessità e coesione», che dà luogo a regole che sempre la giustizia, ora intesa come un «sistema d'organi», tratta di applicare (S. FRAGAPANE, *Il problema delle origini del diritto*, Loescher, Roma 1896, p. 151).

¹⁷¹ G. DEL VECCHIO, *Sulla positività*, cit., p. 39.

Se le riflessioni sul diritto naturale di Del Vecchio ambivano a sganciare il diritto dal suo schiacciamento positivo sui fenomeni, d'altra parte intendere il diritto naturale come un ideale giuridico, come il principio del diritto, come il criterio per giudicare la giuridicità o meno di una proposizione, e richiamare la naturalità del diritto all'ordinamento delle relazioni tra comportamenti «corrispettivi»; tutto ciò rendeva la filosofia del diritto di Del Vecchio sospettosamente vicina alla centatura di ogni concezione incardinata sullo stato e sulla volontà del legislatore: per Cesarini Sforza, affermare che un rapporto è giuridico perché ripete la forma del diritto è una occasione filosofica mancata, che continua a evitare la domanda su come quella forma sia prodotta e su che cosa venga prodotto nello stesso rapporto. In effetti, che la forma dei rapporti sia una «corrispettività» dei comportamenti porta a chiedersi perché quella forma si ripeta uguale, nonostante la pluralità dei fenomeni giuridici – Del Vecchio poteva rispondere che il diritto è un'esigenza «umana», che il diritto è naturale in questo, che corrisponde al modo in cui gli esseri umani si mettono in relazione tra loro; ma non poteva comunque allontanare il sospetto che questa concezione avesse il proprio rovescio nello statalismo della scienza del diritto pubblico: quale ente giuridico, se non lo stato, serve infatti meglio degli altri a rendere costante la forma dei rapporti tra gli individui? E in quale ente, se non nello stato, può realizzarsi meglio la forma del diritto intesa come ideale giuridico? Non era stato Gerber, il quale avviò in Germania la scienza del diritto pubblico, nei *Beilagen* ai suoi *Grundzüge des deutschen Staatsrecht* del 1865, a affermare che lo stato è la personificazione di una comunità umana senza tempo, di un *Volk*, di un popolo, che non è «*die Summe der einzelnen jetzt lebenden Menschen, sondern das in geschichtlicher Gemeinschaft geistig verbundene Ganze, welches in der gerade jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige Erscheinung findet*»¹⁷²?

Contrapponendo positivismo e naturalismo filosofici, Del Vecchio si dimenticava di una linea di demarcazione interna alla scienza giuridica, che permetteva alla filosofia del diritto di impostare in altri termini la sua singolarità rispetto alla

¹⁷² C. FR. V. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Tauchnitz, Lipsia 1880³, p. 226 (Gerber scriveva che *das Volk*, il popolo, non era «la somma dei singoli esseri umani viventi, ma l'unità spirituale della comunità storica che nella generazione attuale solo trova la sua presente manifestazione», trad. mia, con qualche libertà).

scienza. Cesarini Sforza, che riceveva da Del Vecchio la necessità di separare la riflessione filosofica dalle analisi scientifiche del diritto, tuttavia, trovava ancora, attraverso Kantorowicz, un ambiente più adatto a sviluppare, mantenendo il richiamo al diritto naturale, questa stessa separazione. Se Del Vecchio, infatti, leggeva la positività del diritto come una idea filosofica che si trattava di rimettere al suo posto, oppure come un riferimento ingenuo allo stato che ai giuristi farebbe comodo seguire nella «pratica», Kantorowicz era riuscito meglio di lui a riconoscere la ricchezza dell'elaborazione scientifica del diritto positivo. Per capire in che senso, e per riprendere il discorso intorno alla *Freirechtsbewegung* che avevamo lasciato in sospeso, dobbiamo considerare l'importanza di una minuzia kantowicziana: quando Kantorowicz richiama il diritto libero al diritto naturale, non lo faceva eliminando davvero gli avanzamenti della scienza giuridica ottocentesca. Il diritto libero poteva essere un diritto naturale, naturale perché prodotto indipendentemente dallo stato, ma era anche un diritto «novecentesco», che veniva in coda dei guadagni scientifici ottenuti nell'ottocento dalla scienza giuridica e che a questi guardava per intendere la naturalità e la positività del diritto.

«*Unser freies Recht*», scriveva Kantorowicz, «*ist Naturrecht – des 20. Jahrhunderts*»¹⁷³: se il diritto libero deve rifarsi al diritto naturale, è perché ha la necessità di allargare l'orizzonte della produzione giuridica confinata dalla scienza del diritto pubblico alla legislazione statale; ma il riferimento alla naturalità del diritto ha un che di polemico, è un reagente che serviva a Kantorowicz per riprendere alcune idee che gli sviluppi della scienza giuridica avevano costretto a abbandonare, e che pure avviavano una concezione della positività del diritto che non era contraddittoria rispetto alla sua dimensione di diritto naturale. Come nel caso della scienza giuridica come fonte di diritto, come *Rechtsquelle*, anche qui si trattava di una intuizione della scuola storica – e, su tutti, di Savigny.

Kantorowicz, per quanto inquadrasse la *Freirechtsbewegung* nell'ottica di una ripresa del diritto naturale, tuttavia accettava il dettato fondamentale dello storicismo savignyiano secondo il quale, affinché si parli di diritto, «*[darin] muß [...] eine*

¹⁷³ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 12 («il nostro libero-Diritto è il diritto naturale del XX secolo», H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 74).

Macht eintreten»¹⁷⁴. Il diritto affonda nell'affermazione di un potere al quale si collega la sua positività, un attributo che lo inserisce nella storia della sua formazione. È una storia, questa, che non ha nulla a che fare con il rinvenimento di una origine del diritto. Savigny, infatti, aveva lasciato la questione del fondamento del diritto agli approcci filosofici del diritto naturale. La scienza giuridica deve occuparsi della corrispondenza di un diritto alla sua storia, dedicarsi alle forze che intervengono nella sua formazione, impegnarsi a leggere la sua evoluzione come il problema di un potere e della sua affermazione, e può lasciare alla filosofia il compito di stabilire quale sia il principio generale della giuridicità. Se il diritto ha una origine, questa è comunque preclusa all'analisi scientifica, perché il punto di partenza della scienza giuridica è la

*unzweifelhafte Thatsache, daß überall, wo ein Rechtsverhältniß zur Frage und zum Bewußtseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden [ist], also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist. In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Daseyn hat, nennen wir es positives Rechts.*¹⁷⁵

Se un rapporto è giuridico, vuole dire che contiene una «regola» (*Regel*) nella quale consiste la sua giuridicità, tanto che non è necessario subentrare dagli esterni della legislazione o dei criteri filosofici (ma nemmeno dei contesti giudiziari) per regolarlo. La giuridicità di un rapporto è inserita nella storia che gli ha conferito carattere di diritto, e il rapporto si inserisce nella sua storia, che assume di ritorno una qualità simultanea. La concezione del diritto positivo di Savigny disatti-

¹⁷⁴ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., p. 26; («deve intervenire un potere», H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 104 – il passo vale anche: deve intervenire una «forza»).

¹⁷⁵ FR. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, Veit und Comp, Berlino 1840, p. 14. Bisognava che la scienza giuridica partisse dal «fatto indubitato, che, dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile d'inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto in generale, per la quale esso in ogni circostanza, in cui può essere richiesto, si trova precostituito ed ha già una reale esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo*» (*Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice, Torino 1886, p. 42, corsivo nel testo).

vava così il problema del diritto naturale: dovunque ci sia stata una organizzazione dei comportamenti, questa ha lasciato una traccia giuridica e la scienza deve seguirla, registrando l'intervento dei poteri o delle forze secondo cui si è organizzata la vita in comune – se anche qualcosa è venuto prima di questa organizzazione, ebbene non può essere considerato giuridico e non è opportuno che vi si richiami il diritto. Il diritto è positivo quando, in una contemporaneità di affermazione, viene a porsi secondo l'intervento di un potere o di una forza che produce organizzazione: il diritto non può *ricevere* la qualifica di positivo, perché la sua posizione è ciò che già lo afferma in quanto giuridico.

Nello storicismo savignyiano, venivano tolte le basi per una riflessione sull'origine del diritto: se ne ha una, il diritto ha una «*unsichtbare Entstehung*», una «origine invisibile»,

*da wir in allen Völkern, welche jemals in die Grenzen urkundlicher Geschichte eingetreten sind, ein positives Recht schon vorfinden, dessen ursprünglicher Erzeugung also außer jenen Grenzen liegen muß.*¹⁷⁶

La scienza giuridica parte dalla positività del diritto, che obbedisce ai caratteri della sua storicità: fintanto che possiamo osservarlo, il diritto è sempre positivo, e non si ha ragione di ricercarne l'origine, perché è insensata e non è scientifica l'ipotesi di un «popolo» che non abbia il suo diritto, siccome ogni popolo, per essere tale, deve avere lasciato una traccia organizzativa, deve avere (avuto) una propria organizzazione. Lasciando alla filosofia del diritto la ricerca di un principio giuridico, allo stesso tempo Savigny dimostrava così l'inutilità e l'impossibilità di quella ricerca, appropriando alla scienza giuridica il discorso sul diritto.

Questa impostazione aveva conseguenze importanti riguardo ai modi dell'interpretazione giuridica, conseguenze che servono a spiegare l'affinità che Kantowicz sentiva con Savigny, nonostante che, partendo dallo storicismo savignyiano

¹⁷⁶ FR. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 14-15. L'origine del diritto scompare dalla considerazione scientifica «perché presso tutti i popoli, che sono entrati nel periodo della storia documentata, noi troviamo già un diritto positivo, la prima origine del quale deve essere anteriore a quel periodo» (*Sistema del diritto romano attuale*, cit., p. 43).

no, la scienza giuridica fosse arrivata ai risultati successivi della scienza del diritto pubblico, dalla quale il movimento del diritto libero prendeva polemicamente le distanze.

Se il diritto è positivo in quanto appartiene alla storia di un popolo, a cui dà forma come tale poiché si è organizzato, e l'organizzazione lascia una traccia giuridica disponibile alla scienza, allora, quando si tratta di comprendere, di interpretare una regola, essa non può essere ritrovata nell'astrattezza della formula legale, ma deve rimanere inserita in quella storia, alla quale essa è «organica». Se non ci si sta a perdere troppo con le parole, che ci portano a contrapporre il positivista Savigny al naturalista Kantorowicz, capiamo con facilità che alla concezione di una organicità giuridica la *Freirechtsbewegung* poteva attingere per corroborare la sua riforma della scienza giuridica.

*Die Gestalt [...], in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volks lebt, – scriveva Savigny, ma sono frasi che Kantorowicz avrebbe potuto copiare o scrivere lui stesso – ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendigen Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so daß, wo das Bedürfniß entsteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewußt zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozeß aus jener Totalanschauung gebildet werden muß.*¹⁷⁷

Il diritto «*lebt*», «*vive*», «*in dem gemeinsamen Bewußtseyn*», nella «coscienza comune», che forma uno «*organischer Zusammenhang*», un «complesso organico» dal quale una formula può essere tolta per un «*Bedürfnis*», un «bisogno» corrispondente a esigenze di chiarezza, ma che non deve mai andare perso del tutto, se la formula non vuole essere uno strumento «*künstlich*», «artificiale». Il diritto appartiene a un «organico sviluppo» (una «*organische Entwicklung*») che misura i metodi della sua

¹⁷⁷ FR. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 16 («la forma, in cui vive il diritto nella coscienza comune del popolo, non è quella di una regola astratta, ma è la vivace intuizione degli istituti giuridici nel loro complesso organico; cosicché, quando sorge il bisogno di concepire la regola nella sua forma logica, questa deve ottenersi mediante un procedimento artificiale, traendola da quella complessiva intuizione», *Sistema del diritto romano attuale*, cit., p. 44).

interpretazione, e con ciò della scienza giuridica, che, per rivolgersi al diritto, deve considerarlo nel suo aspetto «vivente»¹⁷⁸.

Non c'è traccia, in Savigny, di una positività del diritto sganciata dalla sua «organicità». Quando Kantorowicz si rivolgeva alle razionalizzazioni legislative statalistiche della scienza giuridica, che seguirono allo spirito di sistema dello storicismo, e vi si rivolgeva criticamente, poteva farlo stando tranquillo che quelle non condividessero l'approccio scientifico al diritto inaugurato da Savigny¹⁷⁹. Lo stato può essere ritenuto un fenomeno avventizio al quale ha senso che la scienza giuridica si rivolga, ma senza perciò dimenticare i luoghi dove il diritto «vive». La positività del diritto, che permette di affrontarlo scientificamente, non lo separa dalla sua naturalità; solo, si rifiuta di staccare il diritto dalla sua vita e la vita del diritto dalla sua storia.

¹⁷⁸ *Ibidem* (*System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 17). Considerandone lo «sviluppo», arriviamo al celebre paragone di Savigny tra il diritto e la lingua: «troviamo nella lingua una perpetua trasformazione e un continuo sviluppo; e così pure nel diritto» («[wir finden] in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht», *ibidem*). Di questo paragone, così fertile che lo vediamo ripetuto in una grande parte della scienza giuridica successiva, si possono derivare conseguenze tanto debite quanto indebite; qui ci limitiamo a dire che, vista la concezione savignyiana dell'astrattezza delle regole, il paragone con la lingua può servire a dire che, in un certo senso, il diritto sia una grammatica: come la lingua ha le sue regole grammaticali, che la linguistica formula cercando di tenere dietro al suo sviluppo, così la scienza giuridica è abile a formulare le regole giuridiche astraendo dalla «organicità» del diritto. La grammaticità del diritto, allora, dovrebbe portarci a interrogarci sul peso dei modi in cui la scienza giuridica ne esprime la vita.

¹⁷⁹ Cfr. H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., p. 118: «a scopi più importanti avrebbe dovuto essere utilizzato il punto di vista storico della dommatica (*sic*): a scavare, cioè, la sua fossa! “Il Diritto si è organicamente sviluppato come un prodotto della natura” – ebbene, in questo caso esso è anche irrazionale, come qualsiasi prodotto della natura [...]. La “giurisprudenza puramente costruttiva” [quella che abbiamo chiamato la giurisprudenza dogmatica] è una creazione della scuola storica del Diritto, onde vinse bene essa la metafisica del diritto di natura, ma capitò quasi incondizionatamente innanzi ai suoi metodi. Ed il nostro movimento accoglie il retaggio lasciato dai migliori principi della scuola storica». Per il confronto di Kantorowicz con la scuola storica sulla positività del diritto, cfr. anche GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf*, cit., pp. 12 e 30 (H. KANTOROWICZ, *La lotta*, cit., pp. 73 e 114).

Se il diritto positivo è il diritto *in civitate positum*, e la *civitas* ha luogo di stato, nella sua accezione moderna, è facile passare a una concezione che faccia conto di allargare il dominio della scienza giuridica oltre lo statalismo della civilistica e della scienza del diritto pubblico: a ciò può servire il richiamo al diritto naturale, che ripropone l'esigenza filosofica di considerare i fenomeni giuridici nell'ampiezza della loro produzione; ma non significa che, così, il diritto debba venire separato dalla sua storia, né che se ne debba rifiutare la positività, quando la si intenda come l'intervento di un potere che procura la sua affermazione – la naturalità del diritto consiste soltanto nella sua «organicità» a questo processo di affermazione. Se la scienza giuridica viene concepita secondo la sua inaugurazione da parte dello storicismo savignyiano, allora la filosofia del diritto non potrà criticarla con il sostenere che il diritto è «ideale», perché la positività *scientifica* del diritto risolve già bene i problemi che una certa idealità giuridica vorrebbe porle, inserendo il diritto nella sua evoluzione storica e chiarendo la dimensione giuridica dei fenomeni irriducibili all'autorizzazione statale o, semplicemente, passati e estinti; d'altra parte, il portato naturalistico della filosofia del diritto potrà servire a sorvegliare le spinte all'oggettivazione della scienza giuridica, che, se subisce l'impronta sistematica della codicistica, può tendere a dimenticare i processi «viventi» che producono il diritto. Ma, per essere portato a termine, questo compito filosofico *laterale* non deve scadere nella ripetizione dei concetti e degli istituti giuridici: la filosofia del diritto non deve essere meno «critica» della scienza giuridica.

L'ambizione di Cesarini Sforza può essere misurata attraverso la difficoltà di questo tentativo, il tentativo di rivolgersi filosoficamente alla scienza giuridica senza pregiudicarne la scientificità, anzi favorendola e ritrovando nel suo stesso svolgimento la necessità di una critica. La vita naturale e positiva del diritto, per essere pensata, ha bisogno di una riflessione filosofica che accanto alla scienza giuridica sappia affrontare i fenomeni giuridici nella storia della loro affermazione. La distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, nel senso parsimonioso della distinzione tra un diritto fuori e dentro lo stato, scompare allora, per lasciare spazio a una concezione giuridica sprofondata nella storia, dove a affermarsi sono le volontà degli individui. Era necessario impostare tutto il discorso su nuove basi, che a Cesarini Sforza furono suggerite dall'incontro giovanile con le riprese del diritto

naturale. Queste dicevano qualcosa di come la filosofia dovesse avere a che fare con il diritto, e tuttavia non dicevano abbastanza, considerata la raffinatezza alla quale era pervenuta la scienza giuridica. Se la riflessione filosofica voleva trovare il suo posto accanto al pensiero scientifico, doveva riuscire a esplicitare i suoi riferimenti speculativi. Cesarini Sforza si rese conto presto che ciò significava far chiaro della dialettica di soggettività e oggettività che afferma il diritto nella storia.

La vita del diritto come espressione della vita dell'individuo

Già nel 1911, Cesarini Sforza scriveva che «la vita dell'individuo non è l'espressione della vita del diritto: ma si potrà considerare la vita del diritto come un'espressione della vita dell'individuo»¹⁸⁰.

Che cosa serve, affinché un'azione individuale sia giuridica? Se è giuridica perché corrisponde a una forma di diritto, allora possiamo dire che agendo un individuo esprime un ordine stabilito delle attività: non lo sta producendo, ma meglio gli sta dando occasione di verificarsi. Ciò implica che, per agire giuridicamente, gli individui debbano attingere a una regolarità che non è la regolarità delle loro stesse azioni, ma quella di un ordinamento al quale si conformano; la conformità richiesta è *oggettiva*, nella misura in cui traccia il profilo organizzativo di un corpo sociale, e di ritorno definisce la soggettività giuridica degli individui, proponendogli una coazione a ripetere le azioni che valgono la qualifica di giuridiche. Se non le ripetono, la loro soggettività, poiché è giuridica, non può venire in considerazione. Un comportamento, poi, può essere giudicato irregolare ma dare luogo, comunque, alla definizione di una soggettività giuridica: succede con la sanzione, che tutela un interesse o rimedia un torto.

Possiamo immaginarci un'azione irregolare al di fuori delle corrispondenze tra una regolarità oggettiva e le conformità soggettive che la esprimono? Nel circolo che *definisce* la soggettività a partire dall'oggettività, un'azione del genere cadrebbe

¹⁸⁰ *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, Pagnini, Pistoia 1911, p. 105.

subito esterna al diritto, ma che cosa succede, invece, se pensiamo questo processo a partire dalla soggettività? La regolarità non verrebbe ripetuta dagli individui e i loro comportamenti assumerebbero, per proprio conto, la caratteristica di essere in estrinseco irregolari, poiché non seguirebbero all'impronta oggettiva che li definisce nella loro conformità, bensì sarebbero il segno di una regolarità prodotta a partire dalle loro azioni.

Era una simile impostazione del discorso sul diritto ciò di cui Cesarini Sforza aveva bisogno per avviare una riflessione filosofica capace di affrontare la dialettica di soggettività e oggettività. L'esigenza era già quella di fare dell'oggettività un problema, di non rimuovere, cioè, il «problema dell'oggettività»: l'oggettività è il prodotto, l'espressione delle azioni individuali, che possono anche pregiudicarne l'andamento, la regolarità, e essere a loro modo difformi, irregolari. Ciò che mette conto di dimostrare e tenere a mente è che la dialettica di soggettività e oggettività si arresta in un circolo dell'oggettività, se non se ne assume il punto di partenza nella soggettività delle iniziative che producono il diritto. Ma a queste iniziative si deve trovare il modo di dare voce. Vedremo che consisteva in ciò la singolarità rilevata da Cesarini Sforza per la filosofia del diritto.

Come si sarà intuito, Cesarini Sforza non era arrivato sguarnito al dibattito sulla *Freirechtsbewegung*: nel 1911 aveva pubblicato il suo primo libro, i *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, e iniziava a lavorare al suo secondo, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, che sarebbe uscito nel 1913. In questi due lavori, Cesarini Sforza presentava una filosofia del diritto dal respiro ampio e ambizioni critiche degli esiti oggettivistici della scienza giuridica. Poiché il secondo dei due è un testo di esito e difficoltà maggiori, del quale incroceremo i temi meglio più avanti, qui ci occuperemo innanzitutto dei *Principi filosofici*, che, in tutta la loro qualità di primo tentativo, hanno il merito di rappresentare inedulcorati i motivi che spinsero Cesarini Sforza a elaborare la sua filosofia del diritto; questa cominciava dalle azioni individuali nell'ipotesi che, per considerarle, non servisse riferirsi in partenza a un loro ordinamento oggettivo: se lo si faceva, infatti, esse dovevano essere pensate fin da subito come regolari, senza mettere in discussione che cosa producesse la forma della loro conformità – se un'azione esprime un ordinamento,

e l'ordinamento esige le azioni che lo esprimono, rimaneva da chiedersi: che cosa ha prodotto l'ordinamento?

Siamo davanti agli inizi di una filosofia del diritto che, negli anni, avrebbe complicato i suoi quadri di riferimento; noteremo che ci sono alcune ingenuità, e qualche termine ci sembrerà lontano dal rigore richiesto alla riflessione filosofica. Comunque sia, non riteniamo proficuo nascondere le *défaillances* giovanili di Cesarini Sforza; anzi, queste ci permetteranno di acquisire i contorni del problema che faticavano a risolvere. Nei *Principi filosofici*, Cesarini Sforza assumeva una prospettiva apertamente filosofica; nei suoi lavori successivi, questa prospettiva dovrà ricavarci dall'attraversamento dei concetti e degli istituti della scienza giuridica, che sempre meglio arrivarono a incidere sul suo pensiero con la loro razionalità. Il contatto con la scienza giuridica sarà fondamentale per sviluppare i motivi della filosofia del diritto di Cesarini Sforza, e la sua riflessione filosofica non vorrà mai precludersi la strada della scientificità; ma se vogliamo capire in che senso scienza giuridica e filosofia del diritto siano distinte, faremo bene a partire da un luogo, come i *Principi filosofici*, dove la loro distinzione era più accentuata – e non ci dovremo stupire, se la razionalità della scienza giuridica verrà messa in discussione.

Nei *Principi filosofici*, punto di partenza è l'azione, definita nel contesto di un'istanza volontaria di novità. Agendo, è possibile volere che ciò su cui si agisce reagisca trasformandosi, facendo subentrare, alla «materia», l'azione: «la volontà entra, per così dire, nella materia, e l'azione resta come materializzata nel nuovo atteggiamento che la materia prende»¹⁸¹. Per considerare l'azione, Cesarini Sforza partiva assumendo che, affinché si agisca, deve succedere qualcosa, e questo *qualcosa* segnala la presenza di una volontà che rivendicando una distanza da ciò che c'è vuole qualcosa *di nuovo*: «[la] volontà è una potenza che domina la realtà di fatto, per creare una realtà nuova»¹⁸². La distanza tra la volontà come potenza e la realtà di fatto è sintomatica della novità che viene agita, ma per agire è necessario che nella

¹⁸¹ *Principi filosofici*, cit., p. 20.

¹⁸² *Principi filosofici*, cit., p. 41.

distanza che prende da ciò che c'è, la volontà non sia separata da ciò in cui «entra», da ciò che, poiché è la sua materia, rappresenta la sua «situazione»: quando si considera un'azione, occorre tenere presente che «[la] volizione, e quindi l'azione, è sorta nella piena corrispettività con la situazione di fatto»¹⁸³. A stretto contatto con il luogo dove agisce, la volontà non si propone la realizzazione di uno scopo, che per essere tale dovrebbe esulare dalla situazione nella quale la volontà si trova, ma aderisce a questa situazione, tanto che l'azione risponde a esigenze singolari – e «non può essere che individuale»¹⁸⁴. La loro individualità implica che, quando vengono messe in successione, le azioni non compongano una serie regolare, perché non hanno una ragione per ripetersi – e la volontà adibisce una logica che, pure se considera un precedente, non lo rileva ai fini della sua prerogativa:

l'individuo agente si trova in una situazione di fatto per volta. È per questo che la sua volizione non è mai arbitraria, relativamente alla situazione di fatto: tutt'al più, sarà in contrasto con una volizione precedente, la quale, essendo passata, è già diventata materia di conoscenza, onde quel contrasto è soltanto teorico.¹⁸⁵

Il contrasto tra un'azione e la successiva, tra la successiva e un'altra precedente, ha bisogno di una regolarità di svolgimento per verificarsi; ma, data l'individualità delle azioni, questo contrasto sarà soltanto teorico, cioè non potrà insistere sulla singolarità dell'azione, perché, per mettere a confronto le azioni, deve astrarre dalle loro situazioni. Così, davanti alla realtà dell'azione, ogni valutazione assume tratti irreali: «non *si agisce* mai erroneamente, ma si può *aver agito* erroneamente»¹⁸⁶. Se le azioni in successione non possono essere messe in serie, cioè non possono essere valutate secondo un criterio che gli proponga lo svolgimento di una certa regolarità, o possono esserlo soltanto perdendo l'individualità che le rende possibili, non dobbiamo pensare però che esse siano arbitrarie: essendo individuali, le azioni corrispondono alla realtà di fatto sulla quale insistono e che contribuiscono a trasformare – se non obbediscono a una logica del precedente, volendo

¹⁸³ *Principi filosofici*, cit., p. 23.

¹⁸⁴ *Principi filosofici*, cit., p. 25.

¹⁸⁵ *Principi filosofici*, cit., pp. 72-73.

¹⁸⁶ *Principi filosofici*, cit., p. 69 (corsivo nel testo).

secondo prerogativa e non ripetendo ciò che è stato agito, questa loro successione può essere definita arbitraria solo rifacendosi a una regolarità che, un'altra volta, non è un criterio che possa aderirgli nella loro singolarità.

Ma se è vero che «si può *aver agito* erroneamente», allora vuol dire che, sebbene non abbia presupposto finché l'azione viene considerata nella sua individualità, tuttavia la valutazione delle azioni è possibile. Perché possa esserlo, un'azione deve essere tolta dalla sua situazione e affrontata teoricamente, considerandone il risultato: fare teoria delle azioni, ricercarne una regolarità, significa sempre rivolgere a esse uno sguardo retrospettivo.

Quando l'attività pratica viene pensata a posteriori, e colta non nel suo *essere*, ma nel suo *essere stata*, non come *farsi*, ma come *fatto*, la sua continuità risulta divisa in tante porzioni giustapposte, ognuna delle quali viene ad assumere un significato e un valore assoluto, come cosa finita e sufficiente in sé: tale è l'ufficio della coscienza riflessa [...]. La delimitazione di ciascun atto è ottenuta in base a quello che si dice il risultato di esso, vale a dire in base agli effetti positivi manifestatisi nel reale e riconducibili, più o meno esattamente, all'atto medesimo.¹⁸⁷

Nella coscienza riflessa, delle azioni si considerano gli effetti positivi, cioè le trasformazioni che sono state prodotte, reagendo la materia all'istanza di novità della volontà. Nell'individualità dell'azione, si inserisce una scissione tra ciò che agisce e ciò che è agito, e l'azione può essere concepita come un «mezzo per uno scopo»¹⁸⁸. Cesarini Sforza segnalava che il processo che distacca l'azione dalla sua individualità, commisurandola al suo risultato, è un processo intellettualistico, e chiamava *azione empirica* l'azione sganciata dalla continuità della sua affermazione¹⁸⁹. L'intellettualismo di questo processo si ricava dalla prospettiva che deve assumere, dall'attenzione retrospettiva che presta alle azioni, che devono avere avu-

¹⁸⁷ *Principi filosofici*, cit., pp. 56-57 (corsivo nel testo). È bene registrare la vicinanza della riflessione e del lessico cesariniano alla concezione gentiliana del diritto come «volere già voluto» (G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, 1916, in *I fondamenti della filosofia del diritto ed altri scritti*, De Alberti, Roma 1923², p. 81), sebbene sia possibile sostenere che questa vicinanza fosse piuttosto nominale che altro.

¹⁸⁸ *Principi filosofici*, cit., p. 57.

¹⁸⁹ Cfr. *Principi filosofici*, cit., pp. 56-62.

to modo di verificarsi, per aprire alla loro riduzione empirica. Se è possibile dire che l'azione empirica sia un mezzo a scopo, infatti, è perché lo scopo, d'altra parte, è «il concetto di un'azione avvenuta che si ritiene realizzabile un'altra volta»¹⁹⁰.

Intesa non nella corrispettività tra una volontà e una realtà di fatto, ma nel legame tra un mezzo e uno scopo, l'azione empirica può essere quindi l'oggetto di una *volizione astratta*¹⁹¹. Quando si dirige a uno scopo, la volontà astrae dall'individualità della sua azione e si rivolge a una azione empirica, che diviene necessaria affinché essa si realizzi: «per la volizione astratta un'azione è positivamente necessaria, anzi essa presuppone un'azione, per quanto empirica, nella quale realizzarsi»¹⁹². Come l'azione, se è empirica, si allontana dalla sua realtà individuale, così la volontà, se non agisce nella sua situazione, ma si dirige a uno scopo che la esula, perde di realtà e diventa intellettualistica. La separazione di volizione e azione non è un problema che si pone per l'azione individuale, ma essa vale per l'azione empirica, perché la realizzazione della volizione astratta costituisce un momento successivo di quest'ultima: «le volizioni astratte diventano reali come volizioni», scriveva Cesarini Sforza nei suoi *Principi filosofici*, «in quanto ad esse tornano a riunirsi quelle azioni che prima, staccandosene, avevano fatto diventare irreali esse e sé stesse»¹⁹³.

Il gioco di azione empirica e volizione astratta rappresenta bene il circolo dell'oggettività nel quale si ferma la scienza giuridica quando non possiede una concezione adeguata della soggettività. La realizzazione di una volontà nell'azione non è un problema per l'azione individuale, perché essa, in tanto che si afferma, permette alla volontà di agire; diverso, dicevamo, è il caso della volizione astratta: la volontà, quando si indirizza all'azione empirica, intendendola come un mezzo a scopo, prefigura uno scopo che consiste nell'effetto positivo di un'azione realizzata, la quale si dovrà realizzare un'altra volta, se alla volizione astratta deve essere conferita realtà. Volere astrattamente un'azione significa avere un concetto del risultato al quale l'azione può arrivare, concetto ottenuto sapendo che a tale risul-

¹⁹⁰ *Principi filosofici*, cit., p. 78.

¹⁹¹ Cfr. *Principi filosofici*, cit., pp. 62-65.

¹⁹² *Principi filosofici*, cit., p. 65.

¹⁹³ *Principi filosofici*, cit., p. 63.

tato l'azione è già pervenuta (è in questo senso che l'azione è empirica), e porlo come scopo; ma lo scopo, così ottenuto, non sarà niente di reale se l'azione, che l'ha procurato una volta come risultato, non viene ripetuta, stavolta come mezzo per realizzarlo. La volizione astratta rimane sospesa, è l'indicazione di uno scopo che ricerca altrove da sé il suo mezzo e, poiché non le è implicita l'azione che la realizza, deve ricercare la sua realizzazione senza che, nella volizione stessa, ci sia qualcosa che la assicuri. Se poi viene realizzata, viene riconfermata la regolarità di uno schema di azione ripetibile: a un certo scopo si può arrivare con un certo mezzo, ci si è già arrivati, ci si può arrivare ancora. Così, quando sono empiriche, le azioni non servono tanto a portare a termine l'istanza di novità della volontà, quanto a essere dei mezzi per conseguire uno scopo. La loro irregolarità lascerebbe vuota la volizione astratta che gli si è rivolta, perché significherebbe che esse non hanno ripetuto il legame tra mezzo e scopo attraverso il quale sono state pensate; perciò le azioni empiriche assumono il loro significato rispetto a una volizione astratta quando esprimono una regolarità: la regolarità delle azioni viene posta e ha bisogno della loro ripetizione per realizzarsi e, quando si agisce, lo si fa per corrispondere alle esigenze di una regolarità voluta astrattamente – la soggettività delle azioni si definisce in base alla loro capacità di essere regolari, di ripetere una regolarità che, poiché deve tralasciarne le variazioni, non può pensare le azioni nella loro individualità, e quindi è oggettiva. Ma rimane da chiedersi, ancora: che cosa ha prodotto una regolarità e non un'altra? Che cosa le dà la possibilità di ripetersi?

Possiamo rifarci alla differenza tra le azioni individuali e il circolo dell'oggettività composto dal gioco di azioni empiriche e volizioni astratte per capire la distanza tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica. «Individualità pratica e soggettività di diritto (o personalità giuridica) sono termini disparati», scriveva Cesarini Sforza¹⁹⁴, segnalando che se la scienza, nel suo intellettualismo, legge la soggettività come ciò che si definisce nella ripetizione della regolarità che realizza, facendo discrezione delle azioni nell'empiricità di un mezzo che porta a uno scopo, invece «la filosofia si colloca nel “divenire”»¹⁹⁵ delle azioni individuali che han-

¹⁹⁴ *Principi filosofici*, cit., p. 95.

¹⁹⁵ *Principi filosofici*, cit., p. 82.

no sempre un'azione a precederle e un'azione a seguirle, senza però che la precedente possa pesare sulla loro singolarità o loro possano pesare sulla singolarità della successiva. Con l'individualità, la filosofia può pensare una soggettività che dà luogo all'oggettività delle regolarità possibili, mentre la scienza riduce la soggettività alla realizzazione di una regolarità oggettiva, di un «ordine giuridico».

All'unità primitiva dello spirito come soggetto e oggetto, come «farsi» e come «fatto», come creazione e creatura, – scriveva Cesarini Sforza – appaiono così sostituiti [...] i principi astratti [...] della soggettività giuridica e dell'ordine giuridico oggettivo.¹⁹⁶

Ma se la scienza giuridica si sostituisce alla filosofia del diritto quando ha luogo la discrezione della continuità delle azioni individuali, allora bisogna capire se qualcosa in questa sostituzione venga perso, e che cosa. La scienza giuridica precipita l'individualità nel circolo di una soggettività definita con riguardo a un ordine oggettivo delle azioni, secondo il quale a queste viene imposta una regolarità che genera, dalla loro successione, una serie che le ripete. Qual è la spinta che porta le azioni a ripetersi? Le loro variazioni sono rimosse, e anche la loro irregolarità deve essere ricondotta alla definizione che ne dà l'ordinamento: eccepire, comportarsi irregolarmente, non significa che l'ordinamento venga disatteso; anzi, l'ecceppimento dà modo a un ordine di riprodurre la propria regolarità.

La possibilità di una riflessione filosofica sull'individualità mette in crisi alcune assegnazioni della scienza giuridica, e su tutte la *coazione*. La coazione è la spinta che i soggetti ricevono a ripetere i loro comportamenti, è la forza che porta a ricomporre la separazione prodottasi tra una volizione astratta e una azione empirica. Vedevamo che la realizzazione di una volizione astratta fa problema, perché, nella sua astrattezza, niente assicura che l'azione empirica ricercata a completarla si verifichi, o si verifichi ripetendo la stessa regolarità definita nell'indirizzo di un certo mezzo verso uno scopo. La coazione servirebbe a assicurare questo passaggio, a incanalare i comportamenti nella direzione della regolarità: nel suo oggettivismo, la scienza giuridica incentrava il suo discorso sulla coazione, che diveniva

¹⁹⁶ *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 54. Le idee e i termini sono sempre gli stessi dei *Principi filosofici*.

il concetto a garantire la chiusura della sistemazione scientifica del diritto¹⁹⁷. Cesarini Sforza poteva ritenere avviata questa tendenza dalla scienza del diritto pubblico che, conferendo allo stato la capacità di imporre coattivamente un ordine delle azioni, svolgeva oggettivamente le premesse soggettivistiche della privatistica¹⁹⁸.

La filosofia del diritto metteva in discussione la capacità della scienza giuridica di giustificare questo ruolo assunto dalla coazione. C'era da chiedersi, se la scienza giuridica contava sulla capacità della coazione di generare un ordine delle azioni, come giustificava poi che questa riuscisse a superare l'esitazione che si produce

¹⁹⁷ Intervenendo sulla coazione, Cesarini Sforza incideva su un nodo cruciale della scienza giuridica, che si era riferita al concetto di coazione per trovare il significato giuridico della norma. Quando, nel 1933, Hans Kelsen riguardava indietro alla sua produzione fino allora e presentava succintamente i risultati delle sue analisi in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, in «Archivio giuridico», 25 (Quarta Serie), 1933, pp. 121-171, poteva ricollegarsi a tutta la «teoria del diritto del secolo XIX» perché e in quanto questa era «concorde nel ritenere che la norma giuridica fosse una norma coattiva nel senso d'una norma che stabilisce una coazione e che, appunto per questo, si distingue dalle altre norme» (p. 133). Kelsen aveva affrontato il tema della coazione in ID., *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911, pp. 212-245, mentre in ID., *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlino 1925 egli avrebbe parlato esplicitamente di «*Recht als Zwangsordnung*» (p. 52). Al rilievo della coazione per il diritto l'oggettivismo novecentesco sarebbe arrivato non solo elaborando la tradizione della scienza giuridica ottocentesca, ma anche grazie a influenze sociologiche. Basti pensare all'influenza esercitata sulle tesi di Léon Duguit da parte della sociologia di Émile Durkheim (cfr. É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Alcan, Parigi 1904³, p. 8, dove i fatti sociali sono individuati come «un ordre de faits qui [...] consistent en des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercion en vertu de quel ils s'imposent à lui»). Già nella prima metà del novecento, le somiglianze e le differenze tra le teorie oggettivistiche di Kelsen e Duguit erano state notate e discusse; cfr. in questo senso J. SEDLÁČEK, *Il concetto realistico ed il concetto normologico della norma giuridica*, Estratto dalla «Rivista internazionale di filosofia del diritto», Rivista internazionale di filosofia del diritto, Roma 1933.

¹⁹⁸ Indicativo in questo senso è che i *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* di Gerber si aprissero con una trattazione cospicua e dettagliata della *Staatsgewalt* (C. F. V. GERBER, *Grundzüge*, cit., pp. 19-75). Era la politica che, tradizionalmente, s'era intesa come il dominio della forza, laddove il diritto, specie nelle concezioni del diritto naturale, era inteso come uno spazio di equità. La scienza del diritto pubblico, da Gerber in avanti, invertiva la tendenza, sviluppando la considerazione giuridica della politica e giungendo fino agli estremi chiarissimi di Jellinek, che poté sostenere che «im Begriff des Politischen hat man bereits den Begriff des Staates gedacht» (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlino 1914³, p. 180).

prima della realizzazione di una volizione astratta da parte di una azione empirica. Secondo Cesarini Sforza, «la posizione della legge è sempre un atto esaurentesi nello spirito individuale»¹⁹⁹ e «la volontà non può non seguire la propria legge»²⁰⁰: è la logica continua delle azioni individuali, per le quali la legalità di ciò che viene agito consiste nella razionalità di una volontà collocata in una situazione; ma, se di tale legge si fa astrazione e la si usa per formulare il legame tra un mezzo e uno scopo, questa scissione richiede l'intervento della coazione solo in quanto, contraddittoriamente, essa apre alla possibilità, insensata nell'individualità dell'azione, che la legge venga violata.

Così, se una volontà si propone di corroborare la regolarità di un comportamento, essa non lo fa agendo, ma formulando una norma che dovrà imporsi coattivamente. Rimane poco, in questa impostazione, della volontà che portava avanti, agendo, la sua istanza di novità. Per Cesarini Sforza, è una concezione oggettivistica della volontà, quella che la vuole formulante le norme che stabiliscono le forme della coazione e che gli individui dovranno seguire. Come tale, questa concezione ha rimosso la realtà delle affermazioni volontarie, che la filosofia considera prima di ogni loro regolarità.

La filosofia, che interpreta la volontà soggettivamente, non può ammettere alcun rapporto di dipendenza fra essa ed una norma, la quale collocandosene al di fuori, e assegnandole una certa direzione, la considera come un oggetto. Perciò [...] è filosoficamente irrilevante il concetto di diritto oggettivo-soggettivo, come sistema di comandi rivolti ad una certa volontà.²⁰¹

La «norma», per Cesarini Sforza, è «essenzialmente violabile»²⁰² e forma con i soggetti una «relazione aperta, che aspetta di essere chiusa»²⁰³. Si misura in questa apertura normativa l'irrealtà della coazione messa dalla scienza giuridica a chiudere la rappresentazione scientifica del diritto, perché, in questo modo, la volontà

¹⁹⁹ *Principi filosofici*, cit., p. 120.

²⁰⁰ *Principi filosofici*, cit., p. 121.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Principi filosofici*, cit., p. 127.

²⁰³ *Principi filosofici*, cit., p. 126.

individuale viene fatta oggetto di una pretesa che tuttavia essa non è costretta a rispettare. L'oggettivismo della scienza giuridica vede la produzione del diritto in questo, che una norma spinge l'individuo a agire in conformità con il suo contenuto, a agire perciò giuridicamente; ma, se la si considera nella sua individualità, non c'è modo di spingere un individuo all'azione, perché per farlo sarebbe necessario formulare uno scopo per il quale la sua azione sarebbe il mezzo – proprio ciò facendo, però, l'azione deve essere tolta alla sua individualità, che scompare prima di essere stata spinta a agire secondo una certa regolarità. Avendo bisogno della scissione tra le volizioni astratte e le azioni empiriche per formulare le sue norme, la scienza giuridica assume lo stesso sguardo retrospettivo che serviva a fare di un'azione un mezzo a scopo. La coazione, come concetto scientifico, non può servire a giustificare il passaggio da una volizione astratta a una azione empirica, passaggio che resta sospeso, così come resta aperta la volizione che non ha avuto un'azione a chiuderla; l'irrealità della coazione è tale perché, per fare uso di questo concetto, il contesto in cui ci si muove dovrà restare intellettualistico. Posta su questo piano, della coazione possiamo anche apprezzare la logica rigorosa e stringente:

la legge è coattiva non nel senso che, venendo appercepita dall'individuo, questo ne subisce una spinta all'azione, ma nel senso che ad essa, in quanto volizione astratta, un'azione segue necessariamente. Quando si afferma la necessità di una legge, non si fa altro che constatare che, svolgendosi una data azione empirica, si trova sempre in essa un elemento astratto, formulabile e formulato in quella legge.²⁰⁴

Anche sul piano scientifico possiamo riscontrare una durata, come riscontriamo la continuità reale del piano filosofico di riflessione sull'azione: possiamo dire,

²⁰⁴ *Principi filosofici*, cit., p. 131. Come si sarà notato, Cesarini Sforza non distingueva bene tra legge e norma, termini che utilizzava interscambiabilmente; egli aveva solo questa accortezza: quando parlava delle azioni individuali, per indicare che esse sono razionali rispetto alla volontà che esprimono, cioè non sono arbitrarie, utilizzava in genere il termine «legge», che preferiva a quello di «norma». Otteniamo quindi che, quando leggiamo «legge», dobbiamo capire se il contesto è individuale o meno, mentre leggere «norma» ci assicura, quasi sempre, che il contesto non sia individuale.

infatti, che «[l]’attività empirico-giuridica non viene mai meno»²⁰⁵; ma è una durata, questa, che può essere affrontata solo retrospettivamente, avendo acquisito la ripetibilità di un’azione. È facile dimenticare la retrospettività necessaria a concepire la coazione: non c’è niente di più naturale, del resto, di pensare che una volizione astratta preceda l’azione empirica che, chiudendola, la realizza; ma questo ordine di precedenza va invertito, perché è l’azione empirica che, producendosi, dà la possibilità di richiamarla a una volizione astratta, che la spiega inserendola entro la regolarità che ha appena finito di ripetere: la volizione astratta ricerca e spiega una azione empirica, ma non la pretende, né la provoca.

La rigorosità della logica intellettualistica della coazione è ancora più evidente quando si considerino i casi di inattuazione, casi con i quali il concetto di coazione non si può non confrontare, perché è soprattutto alla loro gestione che viene chiamato quando gli si dà il compito di giustificare un ordine stabilito delle attività. È particolarmente importante, qui, rifiutare l’idea della coazione come di una «spinta all’azione». Nell’inattuazione, infatti, se intendessimo la coazione come la forza che spinge un individuo a agire secondo una norma, arriveremmo a costringere la volontà inadempiente allo svolgimento della regolarità che le si impone. Ma se è insensato pensare di poter spingere un individuo a agire, a maggior ragione la possibilità di costringerlo deve essere espunta. L’inattuazione, allora, deve essere spiegata altrimenti, e Cesarini Sforza lo faceva a suo modo, accostando due azioni empiriche:

«coazione» [...] non significa qui costrizione, violenza apportata ad una volontà, ma azione la quale, attuando una data legge, si accompagna ad un’altra azione, che non può non attuare *un’altra legge*, e quindi, rispettivamente alla prima, è considerata come inattuazione.²⁰⁶

L’irrealtà filosofica della coazione ridiscute il punto di partenza e la chiusura della scienza giuridica. Con la coazione, la scienza giuridica pretendeva di instaurare la legittimità del processo che porta gli individui a ripetere la ragione di un

²⁰⁵ *Principi filosofici*, cit., p. 137.

²⁰⁶ *Principi filosofici*, cit., pp. 136-137 (corsivo nel testo).

ordine oggettivo, ma, così facendo, dimenticava che l'oggettività giuridica ha bisogno di azioni empiriche per realizzarsi e che, a loro volta, le azioni empiriche sono la resa astratta delle azioni individuali. Concependo la coazione come una «spinta all'azione», la scienza fraintendeva il proprio riferimento: la successione delle azioni individuali può essere resa in una serie regolare ma, dal punto di vista scientifico, è possibile osservare una regolarità solo in quanto questa sia stata già prodotta. La logica della coazione, quando considera una volizione astratta, lo fa partendo da una azione empirica – e anche quando l'azione empirica sembra mancare, come nel caso dell'inattuazione, ricercare il suo legame con la volizione astratta è possibile, basta osservare il contrasto tra un comportamento irregolare e un comportamento regolare, perché la prospettiva assunta è sempre quella di una regolarità avvenuta, che in quanto tale dovrà avere avuto una azione empirica a realizzarla. Si generava così una concezione che riesce a rendere obbligatoria una regolarità, generalizzando la coazione, ma non potrebbe essere altrimenti, perché la ripetizione di una serie regolare di azioni è il presupposto dell'ordine oggettivo usato per rappresentare i fenomeni giuridici osservati.

Se la filosofia del diritto di Cesarini Sforza si inaugurava con l'assunzione dell'irrealtà della coazione, era per denunciare i difetti della scienza giuridica, quando questa sostituiva, all'affermazione individuale di una volontà come «potenza», una soggettività giuridica definita tramite l'oggettività di un ordine stabilito delle attività. Insieme al concetto della coazione serviva perciò criticare il concetto di *diritto soggettivo*, che era in uso nella scienza per parlare della soggettività ricavandola dai requisiti di una regolarità oggettiva: i soggetti di diritto, infatti, rientravano nel dominio della scienza giuridica in quanto destinatari dell'attività normativa di un ordinamento, e «il diritto soggettivo non [era] che la stessa norma oggettiva ripetuta dal singolo»²⁰⁷, secondo la logica della coazione e il circolo dell'oggettività. La portata delle riflessioni filosofiche cesariniane può essere compresa fermando che egli *faceva seguire all'irrealtà della coazione la negazione del concetto scientifico del diritto soggettivo*, sostituito dal riferimento a una soggettività che trovava il modo di esprimere la sua volontà nelle azioni individuali: «nella filosofia non c'è posto

²⁰⁷ *Principi filosofici*, cit., p. 91.

per il concetto di diritto soggettivo», egli poteva dire, e «la soggettività del diritto non ha nulla a che fare con la soggettività del volere»²⁰⁸.

Ritornando ora al ribaltamento dal quale abbiamo cominciato, a quando, cioè, Cesarini Sforza affermava che la vita dell'individuo non esprime la vita del diritto, bensì la vita del diritto, viceversa, esprime la vita dell'individuo, vediamo che ne capiamo meglio il senso: per gli individui, essere «espressione» del diritto significa figurare nella considerazione giuridica in quanto soggetti di diritto, destinatari di norme e portatori di diritti soggettivi; e dire che, invece, il diritto è «espressione» della vita degli individui significa negare che l'individualità, nella quale essi agiscono, possa essere riportata senza scarti o residui alla soggettività giuridica, perché la ragione della giuridicità si costruisce su una regolarità che può essere messa in discussione a partire dall'irrealtà della coazione che si propone di assicurarla. Sono due piani separati del discorso sul diritto che, nella loro separazione, misurano la distanza tra la scienza giuridica, che organizza la chiusura del suo discorso, e la filosofia del diritto, che la critica.

È una realtà incessante, ripiegata su sé stessa, quella che Cesarini Sforza immaginava al fondo del diritto. La sua «vita» è attraversata dal «problema dell'oggettività» e la filosofia del diritto non può limitarsi a allargare lo scopo della scienza giuridica spiegando la produzione del diritto, perché, per farlo, essa deve esserne una critica e rimuovere le assegnazioni dei concetti giuridici della coazione e del diritto soggettivo, che servono alla scienza per parlare di una soggettività che dal suo impianto oggettivistico deve venire esclusa. Prima, abbiamo sostenuto che tra filosofia del diritto e scienza giuridica si dovesse creare un rapporto *laterale*, tale che, se vuole essere una critica delle teorie scientifiche del diritto, la riflessione filosofica deve porsi *accanto* agli sviluppi della scienza; ma di questo affiancamento tra riflessioni filosofiche e teorie scientifiche non sembra rimanere molto dopo la lettura dei *Principi filosofici*: la critica filosofica che Cesarini Sforza ha rivolto alla scien-

²⁰⁸ *Principi filosofici*, cit., p. 94.

za sembra impedire a questa ogni discorso sull'individualità delle azioni, tanto che alla scienza non rimane che essere successiva all'iniziativa che produce il diritto. Era alla radicalità di una simile critica che prima ci riferivamo, quando abbiamo detto che la filosofia del diritto, per quanto vicina alla scienza giuridica, non deve lasciarne in piedi i concetti e gli istituti – e tuttavia, ora che abbiamo iniziato a esplorare la filosofia del diritto di Cesarini Sforza, possiamo già capire meglio in che senso il rifiuto filosofico della scienza giuridica debba essere tanto netto: *la filosofia del diritto deve rifiutare la scienza giuridica in quanto questa è oggettivistica*, in quanto, cioè, rimuove la possibilità di parlare della soggettività in altro modo che non sia quello dei soggetti di diritto e esclude perciò di richiamare la sua oggettività, come problema, alla produzione soggettiva del diritto al livello delle azioni di iniziativa individuale. La scienza giuridica, alla quale la filosofia del diritto rivolge la sua critica, è quella che ha voluto inserire il diritto nel circolo dell'oggettività.

Ma se la scienza giuridica deve essere rifiutata dalla filosofia quando la sua impostazione è oggettivistica, non viene meno l'impegno di Cesarini Sforza a sviluppare le sue riflessioni attraversando la scientificità dedicata al diritto; anzi, il rapporto tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica può essere rilanciato su nuove basi, riattivando filosoficamente il portato soggettivistico del discorso sul diritto. Bisognerà intendere, allora, il soggettivismo giuridico come un magazzino di intuizioni scientifiche da sviluppare filosoficamente. Se la scienza giuridica, con il suo oggettivismo, ha ritardato il loro sviluppo, la filosofia può anticiparle di nuovo, restituirle alla loro possibilità a partire da quel concetto di diritto soggettivo che, ridotto a un succedaneo del diritto oggettivo, può tuttavia essere riportato a parlare dei modi della produzione e dell'affermazione giuridica.

Chi [...] ritiene la priorità storica del diritto soggettivo su l'oggettivo (*sic*), passa accanto ad una verità filosofica, in quanto riconosce che il primo non è creazione del secondo, ma riceve da questo soltanto la forma e la garanzia: bisogna naturalmente interpretare il diritto soggettivo come facoltà o attività volitiva, non come subbiettivazione di quello oggettivo.²⁰⁹

²⁰⁹ *Principi filosofici*, cit., p. 95.

Il diritto soggettivo può essere qualcosa d'altro della ripetizione della regolarità del diritto oggettivo. A questo diritto soggettivo *filosofico* si arriva vicino quando si afferma che il diritto oggettivo viene prodotto soggettivamente – e, come vedremo, continuando a affrontare il modo in cui la filosofia del diritto ha a che fare con la scienza giuridica, potremo mobilitare elementi della tradizione giuridica per parlare dell'oggettività a partire dalla soggettività di una volontà intesa come «potenza». La filosofia del diritto di Cesarini Sforza iniziava così, con questa istanza di novità, anche se non sarà facile accorgersi delle direzioni che è possibile percorrere a partire da qui prima di avere attraversato per esteso il movimento della scienza giuridica.

Cap. 2

Impronte romanistiche

6. La naturalità della scienza giuridica: (I) il suo progresso; (II) la sua distruzione; (III) la sua possibilità – 7. Una prospettiva immaginaria: il movimento della scienza giuridica – 8. L'«impronta romanistica» della scienza giuridica

Conosce un'unica scienza, la scienza della distruzione.
BAKUNIN-NEČAEV, *Il catechismo del rivoluzionario*

La naturalità della scienza giuridica

La natura «non è altro che la realtà in quanto diventa oggetto di conoscenza scientifica»¹ – e la scienza giuridica è una scienza *naturale*, una scienza che è tale perché la sua concettualità provoca una fenomenicità specifica alla quale si rivolge². Alla concezione naturalistica della scienza non è possibile contrapporre un naturalismo filosofico che faccia uso del *diritto* naturale: vorrebbe dire attingere a una naturalità che non è giuridica, siccome questa si costituirebbe attraverso la negazione indeterminata delle maniere in cui è possibile parlare del diritto, una volta assunto il discorso che lo investe e che non può che essere un discorso *scientifico*.

Per capire il dettaglio della riscrittura della scienza giuridica in scienza naturale dobbiamo rifarci, come spesso ci rifaremo in questo capitolo, e come abbiamo già fatto nel capitolo precedente, al poco noto delle discussioni italiane sul diritto tra fine ottocento e inizio novecento. Non è per un desiderio di sprofondare la nostra trattazione nella solitudine dello studio, nel labirinto delle posizioni irrilevanti

¹ *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Società Editrice Libreria, Milano 1913, p. 210.

² «Quando si dice che la giurisprudenza è *scienza di fenomeni*», scriveva Cesarini Sforza, «si deve dare alla parola “scienza” l’identico significato che le viene attribuito quando si parla di quelle altre manifestazioni dell’umano intelletto, relative specialmente al mondo naturale, che [...] hanno rivendicato quasi per sé sole l’onere di chiamarsi con quel nome» (*Il concetto del diritto*, cit., p. 208, corsivo nel testo). Qui naturalità e empiricità o fenomenicità sono, nell’orizzonte intellettualistico nel quale si muovono le scienze, un solo attributo, una stessa condizione di rigore scientifico.

per la storia maggiore del pensiero giuridico; l'intento è, semmai, quello di comprendere il terreno dello scontro abitato e percorso da Cesarini Sforza, per inserirne le soluzioni e le intenzioni in un ambiente che aveva caratteristica di comunità scientifica, con tutti i suoi dibattiti e le sue controversie.

La presenza di una simile comunità è il segnale che, affrontando il problema dei rapporti tra scienza giuridica e filosofia del diritto, non sarà questione dimostrare che il diritto sia attraversato da un discorso scientifico: anzi, che il diritto sia (stato) l'oggetto di una *scientia iuris* viene dato per assodato dagli interventi nei dibattiti ai quali ci dedichiamo; piuttosto, sarà questione discutere come ci si proponesse di avere a che fare con la scientificità del diritto. L'impegno da portare avanti è quello di una filosofia del diritto che trovi il proprio punto di partenza nel trattamento scientifico dei fenomeni giuridici, una filosofia che non si preoccupi di definire il proprio dominio di applicazione, ma rinvi la materia definitoria alla scienza giuridica, servendo invece alla critica di quella impostazione³.

³ Quando Cesarini Sforza dichiarava che la scienza giuridica fosse una scienza naturale, la sua opinione non avrebbe generato scandalo tra i suoi contemporanei tanto per il nome, quanto per l'aggettivo. Infatti, che del diritto si facesse scienza era un dato acquisito mentre, semmai, si poteva obiettare che del diritto si facesse una scienza *naturale*. Ma che cos'è una scienza, se non è naturale? Il grado di provocatorietà contenuto nell'assunzione cesariniana consiste nel ritenere retorica la domanda, alla quale erano state date però diverse risposte. Su tutti il parere celeberrimo è quello kelseniano: già per il Kelsen del 1911 era importante la differenza tra *Naturgesetz* e *Norm*: la scienza giuridica, «*die nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein kann*» (H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911, p. 6), non era *explicativ*, come le scienze naturali, bensì *normativ*. Attraverso la figura di Kelsen, s'intravede il peso sulla scienza giuridica di un particolare *Methodenstreit*: a partire da studiosi quali Wundt e Windelband (tra i citati da Kelsen), passando per le scuole neokantiane, fino a Simmel e Weber. Sembrava che, all'inizio del novecento, si dovesse scegliere: la scienza giuridica o è naturale, o è normativa, ma per rendere giustizia alla complicazione dell'alternativa, possiamo guardare a Jellinek, che nella sua *Allgemeine Staatslehre* operava una distinzione tra dottrina sociale e dottrina giuridica dello stato: la prima è una *Kausalwissenschaft*, la seconda una *Normwissenschaft* (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlino 1914³, pp. 19-21); le due insieme, tuttavia, formano la dottrina generale dello stato nel suo complesso. Su tutta la vicenda, cfr. le introduzioni di Roberto Racinaro a M. ADLER, *Causalità e teleologia nella disputa sulla scienza*, De Donato, Bari 1976 e ID., *La concezione dello stato nel marxismo. Confronto con le posizioni di Hans Kelsen*, De Donato, Bari 1979; ma già allora se n'era occupato R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 13, 1933 (4-5), pp. 545-566.

Rivolgendoci alle figure minori inserite nelle discussioni italiane sul diritto tra fine ottocento e inizio novecento, il nostro tentativo non sarà quello di dimostrarne l'importanza per la storia del pensiero giuridico; non vorremo, cioè, toglierle alla loro minorità – che non è tale, del resto, se si considera il contesto italiano, e diventa evidente solamente se si considera il diritto in una prospettiva europea, in specie tedesca, poi francese e, in qualche misura, inglese. Nemmeno si tratterà di rivendicarci una collocazione minoritaria, perché non sarà per accettarne le opinioni o portarle a fare da correttivi delle idee più diffuse che citeremo gli autori di cui stiamo dicendo. La sensazione, tuttavia, è che per svolgere le premesse di testi come quelli di Cesarini Sforza sia necessario che non li rendiamo avulsi dalla loro collocazione, quasi che occorra leggerli come fa un miope, da vicino, senza saltare le pagine in cui non ricorrono i nomi famosi della «tradizione giuridica». Ciò vale in modo particolare se ci vogliamo confrontare con la scientificità del diritto, perché è innanzitutto questo il segnale di un dominio epistemico: che entro di esso ci siano dibattiti plurali e rigorosi rivolti ai problemi generali e particolari che quel contesto esprime. Ora, di questi dibattiti non tutti avranno una storia degli effetti di rilievo che li metta in primo piano e li renda inaggirabili per descrivere lo svolgimento di una scienza. Ciò vale per quelli che affrontiamo, ma rifiutare l'ipotesi che, per ogni scienza, la storia sia una sola, ci aiuterà a capire lo sguardo rivolto alla scienza giuridica quando si assume, con Cesarini Sforza, una postura filosofica: la filosofia del diritto aveva da smarrirsi nella sua singolare lateralità rispetto alla scienza giuridica, se voleva rendersi capace di richiamare l'attenzione delle teorie del diritto sui discorsi virtuali che avrebbero potuto svolgere e che si perdono nel prisma delle direzioni minori, se cioè voleva chiedergli, come ancora dovrebbe: perché questo discorso e non un altro?

Appoggiando le proprie riflessioni alla razionalità scientifica e osteggiando la definitività di assegnazione dei concetti e degli istituti giuridici, la filosofia del diritto è sempre *in crisi*, nella misura in cui la sua critica si manifesta come il sintomo di una crisi della scienza. Così, quando abbiamo trattato le riprese del diritto naturale, abbiamo visto che Cesarini Sforza le poteva apprezzare perché erano la manifestazione di una esigenza filosofica, l'esigenza, davanti alla chiusura statalistica dei sistemi di diritto, di aggiornare i modi della produzione giuridica; ma se questa

esigenza era tale, è perché notava con puntiglio da esperta che, con la sua fissazione sullo stato, il pensiero scientifico stava procurando la propria crisi, rendendosi incapace di rappresentare le trasformazioni che la sua «natura», cioè quella realtà che la scienza definisce *per sé*, le chiedeva di affrontare.

Se la scienza giuridica alla quale si rivolge la filosofia del diritto è scienza naturale, come Cesarini Sforza assumeva, ciò pone però una difficoltà, perché significa che il discorso scientifico sul diritto si costituiva in modo da rifiutare ogni supporto filosofico. La difficoltà era, dunque, quella di inserire la filosofia in un discorso che l'aveva esclusa. Molto più facile sarebbe stato argomentare che fosse la filosofia del diritto a essere in crisi, stavolta nel senso diretto nel quale essa era stata destituita del compito di legittimare una scienza che ormai faceva sistema dei propri fondamenti da sola. Capiamo questo processo nella basilarità della distinzione tra filosofia del diritto e scienza giuridica a partire dalla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo: la filosofia del diritto, che si dedica al diritto naturale, si occupa dei principi giuridici che valgono indipendentemente da una collocazione nello spazio e nel tempo⁴, mentre la scienza giuridica, che si dedica al diritto positivo, si occupa dei concetti e degli istituti giuridici come li trova negli ordinamenti storici; così, poiché i principi del diritto naturale hanno valenza universale e necessaria, mentre i concetti e gli istituti giuridici hanno valenza particolare e contingente, spetta alla filosofia del diritto elaborare i tratti della generalità del diritto, e non alla scienza giuridica. Come abbiamo visto, però, nello storicismo savigniano la distinzione tra diritto naturale e positivo venne fatta rientrare nella scienza giuridica secondo le categorie di «organicità» e «positività» del diritto. Ciò significa, ora, che la scienza giuridica non doveva raccomandarsi alla filosofia per ottenere un discorso generale sul diritto: era la stessa scienza a procurarlo.

Quando assumeva che la scienza giuridica fosse scienza naturale, Cesarini Sforza stava suggerendo che essa si era strutturata a partire da una rimozione del ruolo egemone della filosofia in materia di «generalità» giuridica. Perciò, se rivendicava ancora la capacità della filosofia di intervenire nella scienza giuridica, egli lo face-

⁴ È noto che i legami della filosofia del diritto con il diritto naturale risalgano alla dicitura delle due cattedre: nell'ottocento, all'insegnamento di Diritto naturale fu viepiù sostituito l'insegnamento di Filosofia del diritto; all'inizio, le due cose erano una stessa.

va in un contesto dove a essere messa in dubbio era molto di meno la scientificità del diritto – e molto di più la legittimità di parlarne filosoficamente⁵.

Certo non mancavano le voci a sostenere l'importanza di una riflessione filosofica sul diritto, come quella di Adolfo Ravà⁶, ma queste dovevano prendere le mosse da una posizione arretrata, difensiva, riconoscendo che lo spazio della filosofia del diritto era stato occupato da una «scienza giuridica generale»⁷ che scontornava gli elementi comuni a ogni fenomeno giuridico, una operazione riservata tradizionalmente alla filosofia. Ravà ripeteva il ruolo basale e apicale della filosofia del diritto, quando affermava che essa, «da un lato è il fondamento delle singole scienze giuridiche, dall'altro è il coronamento di tutte», e che «una facoltà di legge senza filosofia del diritto sarebbe un corpo senza capo»⁸. E tuttavia, egli si trovava a constatare la stagnazione delle pubblicazioni, impegnate a discutere di che cosa sarebbe dovuta essere una filosofia del diritto, piuttosto che a scendere nelle complicazioni risultanti dai problemi che la riflessione filosofica propone alla scienza.

Da lungo tempo – scriveva Ravà – sono convinto che la grande quantità di prolusioni, programmi, introduzioni, che costituisce oggi i nove decimi delle pubblicazioni di filoso-

⁵ Nel contesto italiano, comune era la riduzione della filosofia del diritto a un ramo della scienza giuridica; cfr. B. BRUGI, *La giurisprudenza e le scienze sociali*, in «Rivista italiana di sociologia», 7, 1903 (1-2), pp. 47-53 e B. DONATI, *Teoria delle discipline giuridiche e filosofia del diritto*, in «Archivio giuridico», 9 (Terza Serie), 1908 (1), pp. 3-24. Biagio Brugi e Benvenuto Donati sostenevano, a vario titolo, la necessità che la scienza giuridica contenesse un momento sistematico (secondo Brugi, un momento «enciclopedico»), che doveva servire a dar ragione della posizione del diritto accanto alle altre scienze sociali. È allo sviluppo di queste ultime, infatti, che si voleva ricollegare, pure nella sua specificità, la scienza giuridica (un segnale della consapevolezza raggiunta in Italia delle novità propagate dall'avvio scientifico della sociologia e dalla sistemazione tentata per le «scienze storiche» lo può fornire G. VILLA, *L'odierno sviluppo delle scienze storiche e sociali*, in «Rivista italiana di sociologia», 2, 1898 (4), pp. 451-485). Della delimitazione della scienza giuridica rispetto alle altre scienze sociali si doveva occupare, dentro la «giurisprudenza» (è questo il nome «generale» che si dava alla scienza giuridica), la filosofia del diritto, che, nelle parole di Donati, affronta «un aspetto del problema epistemologico giuridico, secondo il quale si tratta di determinare, con duplice procedimento, e il piano reale e i confini logici della giurisprudenza» (pp. 4-5).

⁶ Cfr. A. RAVÀ, *La classificazione delle scienze e le discipline sociali*, Loescher, Roma 1904.

⁷ A. RAVÀ, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Loescher, Roma 1907, p. 7.

⁸ A. RAVÀ, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, cit., p. 9.

fia del diritto, non soltanto è un sintomo dello stato di crisi in cui la disciplina si trova, ma costituisce anche uno dei principali impedimenti a che essa esca da questo stato. Se si vuole veramente che la filosofia del diritto viva, piuttosto che discutere eternamente in che modo essa si deve fare, bisogna provarsi una buona volta a farla in qualche modo.⁹

La sollecitudine di Ravà mostrava segni di irrequietezza, oltre alla stanchezza nostalgica di una proposta volta al ristabilimento di uno stato di cose passato, forse l'indizio decisivo che non era ormai possibile rivendicare il ruolo che una volta era stato assegnato alla filosofia rispetto al diritto. I termini erano cambiati, perché la scienza giuridica aveva elaborato un proprio metodo per parlare del fenomeno giuridico *in genere* e era riuscita a transitare la «natura», da un diritto naturale di competenza filosofica, a una naturalità di spettanza scientifica. La riprova migliore di questo slittamento di piani, del quale ci inizieremo a dedicare adesso, per avviare la nostra indagine sulla scienza giuridica, può essere ottenuta dai commenti che Vittorio Emanuele Orlando accluse alla traduzione italiana della *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek¹⁰.

⁹ A. RAVÀ, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, cit., p. 4. Il testo di Ravà dal quale citiamo era anch'esso una prolusione. Le prolusioni o «prelezioni» erano i discorsi che inauguravano l'anno accademico e che, nell'ambiente universitario di allora, spesso trovavano spazio nelle riviste specialistiche come articoli e saggi. Erano uno strumento diffuso e molti dei testi che citiamo, senza che sia necessario avvertirlo ogni volta, sono di questa natura. L'occasione in cui erano lette le prolusioni le portava a essere il luogo dedicato per affrontare questioni generali, che potevano anche sconfinare dalla materia del corso che introducevano. L'opinione di Ravà, secondo cui il loro eccesso era segnale che la filosofia del diritto fosse povera di contenuti, non è da condividere del tutto: se anche qualche volta, all'inizio dell'anno, ci si concedeva un proclama di troppo, è pur vero che non solo la filosofia del diritto, ma anche la scienza giuridica dimostrava, con questi discorsi di indole generale, una spiccata tendenza al confronto, oltretutto all'inserimento perfino delle discipline più specialistiche nel contesto ampio della loro specializzazione. Tutto ciò, certo, al netto di un'altra funzione svolta dalle prolusioni, che era quella di presentare e riconoscere gli appartenenti a una comunità scientifica che, tra fine ottocento e inizio novecento, manifestava ancora forti residui di «cetualità».

¹⁰ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. (l'edizione originale dell'opera risaliva, sempre per Häring, al 1900), trad. it. *Dottrina generale dello stato. I. Studi introduttivi – Dottrina generale sociale dello stato*, Società Editrice Libreria, Milano 1921. Come faceva notare Orlando nella sua *Avvertenza preliminare* al volume, la traduzione e i commenti erano pronti per la stampa e questa era stata avviata già nel 1914, ma fu interrotta e quindi rinviata per lo scoppio della prima guerra mondiale. Quale che ne sia stato il motivo vennero tradotti

Quello di «dottrina generale dello stato» (*allgemeine Staatslehre*) era uno dei nomi che prendeva la generalità giuridica considerata dalla scienza. Questa scienza era una scienza del diritto pubblico nella misura in cui, delineando i caratteri della statalità, pretendeva di stare tratteggiando gli elementi comuni a tutto il diritto. Glossando il lavoro di Jellinek, Orlando appurava in che modo si dovesse intendere l'elaborazione teorica del diritto da parte della dottrina generale, cioè come una scienza che ricerca le «leggi» dei fenomeni che studia:

qualunque sia la sorte che l'avvenire riserva ai popoli, e specialmente a quelli europei, la verità delle massime fondamentali intorno alla natura dello Stato non potrà essere sostanzialmente modificata. Qualunque sia la teorica (*sic*) che voglia accogliersi intorno alla natura dello Stato, nessuno potrà mai seriamente dubitare che le leggi cui essa è soggetta abbiano un carattere naturale, e quindi immanente.¹¹

Se le leggi della dottrina generale avevano «carattere naturale», anzi, se affatto la *allgemeine Staatslehre* si proponeva di formulare le leggi che regolano lo stato, concepito come un fenomeno giuridico, è chiaro che, rivolgendosi al diritto, Orlando dimostrava di averne una concezione scientifica, ovvero *naturalistica*. Le leggi rinvenute godevano quindi degli attributi che, per canone (molto ci sarebbe da dire su questo modo di intendere la scientificità, ma non è il luogo), sono assegnati alle leggi scientifiche: innanzitutto, la durabilità e l'insensibilità al cambiamento. La scienza giuridica richiamava il diritto allo stato, formulandone le leggi (che il diritto venisse riportato allo stato, permetteva di studiarlo come un fenomeno e di trovarne le leggi generali, che valessero cioè per tutto il diritto, siccome lo stato era quel fenomeno giuridico che ricomprendeva tutti gli altri), e, una volta formu-

solo i primi due *Bücher* dell'opera jellinekiana (le *Einleitende Untersuchungen* e la *Allgemeine Soziallehre des Staates*), senza tradurre il terzo (la *Allgemeine Staatsrechtslehre*). Doveva essere prevista la pubblicazione di un secondo volume italiano (almeno è quanto si desume dalla numerazione del testo pubblicato, indicizzato come il primo di due), che non comparve mai.

¹¹ G. JELLINEK, *Dottrina generale dello stato*, cit., p. XII (Orlando premise alla traduzione italiana della *Allgemeine Rechtslehre* di Jellinek un'introduzione e aggiunte capitoli di commento in coda a ciascuno dei due libri tradotti; ora che citeremo dal libro di Jellinek, rimane sottinteso che la penna sia orlandiana).

late, queste leggi potevano non avere applicazione, in uno scenario futuribile in cui non ci fosse un fenomeno da chiamare con il nome di stato; eppure, fintantoché questo fenomeno fosse apparso, quelle leggi sarebbero state valide (nel caso di una sua estinzione, comunque lo stato sarebbe stato regolato dalle leggi che erano state formulate e che sarebbero decadute insieme a esso: questo nesso tra leggi e fenomeni era l'indicazione migliore del «naturalismo» orlandiano).

Orlando accettava e sviluppava l'impostazione pubblicistica di Jellinek, è ben chiaro dal nome che egli dava alla *sua* dottrina generale: per lui, questa era un «diritto pubblico generale». Avendo chiarito in che modo la pubblicità del diritto facesse il pari della sua generalità, tanto che, coerente al suo pubblicismo, Orlando avrebbe dovuto ritenere ridondante la qualifica di generale, la disciplina orlandiana si rivendicava lo statuto di una scienza¹². Così, il rapporto con la filosofia del diritto poteva essere liquidato in poche parole, mentre più difficile era distinguere il diritto pubblico generale dagli approcci scientifici, «positivi», al diritto, separare, cioè, l'impegno epistemologico generale, che caratterizzava la *allgemeine Staatslehre*, da quello delle molte discipline particolari:

se il diritto pubblico generale dovesse coincidere con il diritto filosofico, tanto varrebbe negare la vera e propria autonomia di quella scienza, per tramutarla in una sezione di un sistema filosofico. Dovrà, invece, dirsi l'opposto, quando avremo dimostrato che la nostra scienza muove anch'essa dalla considerazione di fatti non diversi da quelli donde muove il diritto positivo; bensì – e qui sta la distinzione – essa li studia con propri scopi, con propria determinazione, con metodi propri. La vera difficoltà, secondo noi, sta non tanto nel distinguere il diritto generale dal diritto filosofico, quanto, pel (*sic*) contrario, nel distinguerlo dal diritto positivo, poiché, in più ampio senso, positivo deve pur esserne il contenuto, se davvero esso costituisce una scienza particolare.¹³

¹² La pubblicistica italiana ha ricercato a lungo il nome adatto da dare allo studio generale dei concetti e degli istituti giuridici. Prima e dopo Orlando (V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940), dovremmo prendere almeno in considerazione il «diritto pubblico universale» di Gian Domenico Romagnosi (G. D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Piatti, Firenze 1833) e, con qualche precisazione, il «diritto costituzionale generale» di Santi Romano (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946).

¹³ G. JELLINEK, *Dottrina generale dello stato*, cit., p. 13.

Nei termini orlandiani della discussione troviamo ancora, dopo che l'abbiamo trovata in Savigny, l'insufficienza di leggere il diritto nella distinzione di naturalità e positività: qui infatti abbiamo una scienza che è *naturale* perché si dedica al diritto *positivo* – e la questione diventa non più quella di distinguere tra filosofia del diritto e scienza giuridica, ma tra la teoria generale e le discipline particolari (poiché pure la generale, di ritorno, è una «scienza particolare»), distinzione che attraversa il dominio epistemico della sola scienza giuridica.

Nell'approccio orlandiano, venivano messe a profitto le premesse della rifondazione pubblicistica del diritto per come era stata ottenuta alla fine dell'ottocento in Germania. Orlando poteva affermare che interesse della scienza giuridica fosse formulare le leggi dei fenomeni giuridici innanzitutto perché era chiaro che cosa costituisse un fenomeno per il diritto pubblico generale, ovvero questo era un fenomeno che, componendo lo stato, poteva essere ritenuto giuridico. Un fenomeno giuridico, quindi, è positivo in quanto viene considerato dalla scienza giuridica per via della sua composizione statale, e è naturale nel senso in cui la sua fenomenicità garantisce che gli si possa rivolgere uno studio empirico. Come si vedrà, la scienza del diritto pubblico aveva riscritto il nesso savigniano tra positività e organicità, facendo uso dello stato come un dispositivo teorico a chiudere l'insieme di fenomeni che compongono il sistema del diritto. Sebbene perciò si fosse ormai distanti da Savigny, tuttavia ne si portava a termine una delle molte intenzioni, quella cioè di assicurarsi un punto di entrata rigorosamente giuridico alla realtà – e la prima esclusione necessaria a garantire il raggiungimento di questo obiettivo era quella della filosofia del diritto, una disciplina che, secondo i pareri della scienza giuridica tra fine ottocento e inizio novecento, conteneva un riferimento generale che tuttavia non era specificamente giuridico.

Se Orlando, nel suo progetto di rifondazione pubblicistica della scienza giuridica, guardava alle dottrine generali dello stato, secondo un'intenzione alla quale soprattutto importava la definizione di una scienza generale nella sua autonomia di scienza giuridica, non mancarono, d'altronde, i tentativi di avvicinare il diritto alla sociologia e alle scienze sociali, tentativi nei quali i confini tra i domini epistemici tendevano a venire meno. Qui, se la scienza giuridica era scienza naturale,

voleva dire che le si applicava il medesimo metodo delle scienze che avevano il suo stesso oggetto, concepito questo oggetto come la società, che poteva essere affrontata tanto giuridicamente quanto dalla psicologia, dalla demografia, dall'economia, dalla statistica, dalla sociologia. Questo filone di ricerca si può ritenere bene avviato, in Italia, a partire dal 1897, quando iniziarono i lavori della *Rivista italiana di sociologia*¹⁴; ma già prima di allora studiosi come Biagio Brugi avevano cercato di avvicinare la scuola storica del diritto, che era sempre punto di riferimento inevitabile per la scientificità giuridica, agli sviluppi ottocenteschi della sociologia, basandosi su un'idea di positività che, secondo Brugi, le accomunava: sia la sociologia che la scienza giuridica della scuola storica del diritto avevano a che fare, infatti, con l'evoluzione delle forze sociali, concepite, queste, come capaci di esprimersi in istituzioni diverse e leggibili attraverso le molte manifestazioni della loro organizzazione¹⁵. Inoltre, e forse più importante, Brugi faceva notare che entrambe le impostazioni teoriche ammettevano una varietà di discipline accomunate da interessi e metodi: se la scuola storica del diritto aveva lavorato accanto alla linguistica e, naturalmente, alla storia, la sociologia si proponeva di fare da coordinamento delle tante scienze sociali.

Entro i molti tentativi di avvicinare la scienza giuridica alle scienze sociali, troviamo lo stesso rifiuto della filosofia del diritto che abbiamo incontrato in Orlando, ma non per rivendicare a una scienza giuridica generale una sua autonomia scientifica, bensì per svolgere, del diritto, una considerazione affine a quella di domini epistemici vicini. C'era il rischio, com'è chiaro, che questa affinità smarrisse il senso di una concezione rigorosamente giuridica dei fenomeni; d'altronde, lo spostamento del discorso sembrava riuscire a smontare quella connivenza che abbiamo visto tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica quando entrambe arri-

¹⁴ Il *Programma* con il quale veniva avviata la pubblicazione della *Rivista italiana di sociologia* chiariva che sarebbero stati accettati dalla rivista soltanto quei contributi, che fossero stati elaborati mediante «*l'applicazione rigorosa del metodo positivo*» (LA DIREZIONE, *Programma*, in «*Rivista italiana di sociologia*», 1, 1897 (1), pp. 1-3, p. 2, corsivo nel testo). Era questo metodo che permetteva, secondo la linea editoriale della direzione, di tenere insieme le diverse discipline convocate a studiare la società.

¹⁵ Cfr. B. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, Estratto da «*Il circolo giuridico*», Virzì, Palermo 1883; cfr. anche B. BRUGI, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Righi, Urbino 1880, intervento però più dispersivo.

vavano a esaltare il ruolo dello stato nella rappresentazione del diritto. Tale connivenza salta agli occhi se pensiamo di confrontare le posizioni di Orlando con quelle di Giorgio Del Vecchio, che abbiamo discusso nel capitolo precedente: in entrambi, lo stato finiva per essere il punto di fuga ineludibile di ogni discorso giuridico, il suggello della possibilità stessa di rivolgere una parola al diritto – in sede scientifica in Orlando, in sede filosofica in Del Vecchio¹⁶. Da questo punto di vista, una certa filosofia del diritto era il contrappunto della scienza del diritto pubblico e ipotizzare un approccio al diritto vicino alle scienze sociali poteva allettare, perché sembrava che, da questa prospettiva, non ci fosse il rischio di limitare la fenomenicità giuridica allo stato. I tentativi di cui parliamo erano in gran parte riduzionistici e la loro ingenuità li rende oggi gli irricevibili segnali di una metodologia ancora acerba e di una passione analogica e metaforica fin troppo spiccata¹⁷; tuttavia, essi sono l'indice di una necessità, che era quella di decidere, se il diritto è una scienza, quale dovesse essere il suo metodo e la sua classificazione accanto alle altre scienze sociali.

Vale la pena considerare ora, in questa direzione, il tentativo di Vincenzo Miceli di fondare la scienza giuridica a partire da un approccio «psicologico»¹⁸, una tentazione della quale Miceli non fu il solo a subire l'effetto, ma che anzi era diffusa e non sempre può essere scartata per via della sua tendenza al riduzionismo¹⁹. Di Miceli, però, ci interessa soprattutto la complicazione, e per certi versi la contradd-

¹⁶ Siccome ci siamo soffermati a lungo sulla filosofia del diritto di Del Vecchio nel capitolo precedente, non è ora questo il luogo di ripeterci, ma bisogna considerare che, nel dibattito che stiamo affrontando a grandi linee sulla migliore opportunità di una scienza giuridica generale oppure di una filosofia del diritto che tornasse a appropriarsi della generalità del diritto, Del Vecchio fu uno dei più convinti, e allora convincenti, sostenitori dell'approccio filosofico: è in questa direzione che andava la sua ripresa del diritto naturale. Vedremo inoltre più avanti che la sua *Rivista internazionale di filosofia del diritto* fu al centro di una delle numerose propaggini e continuazioni del dibattito che ci occupa adesso, nel quale si affaticò a lungo la scienza giuridica.

¹⁷ Il *Programma* della *Rivista italiana di sociologia* avvertiva in particolare del pericolo delle «comparazioni artificiose tra fenomeni sociali e fenomeni biologici» (LA DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 1).

¹⁸ Cfr. V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», 7, 1903 (1-2), pp. 7-28.

¹⁹ Abbiamo visto in Hauriou (*supra*, cap. 1, n. 109) e in Kantorowicz (*supra*, cap. 1, n. 126) che i tentativi di accostare la scienza giuridica alla psicologia erano vari.

dizione, del suo posizionamento, in quanto egli tendeva a mantenere per la disciplina che proponeva il nome di filosofia del diritto, pure sollevando dubbi importanti sulla possibilità di una riflessione filosofica che fosse in sostanza giuridica. La filosofia del diritto di Miceli partiva, infatti, da un equivoco, ovvero che non la si sarebbe dovuta chiamare in questo modo, ma, meglio, una «scienza generale del diritto». L'equivoco era evidente nella contrapposizione tra il titolo della compilazione finale dei risultati delle sue riflessioni, riunite nei *Principii di filosofia del diritto* (1914), e il loro contenuto, che metteva in discussione la possibilità stessa di una filosofia del diritto²⁰. Miceli sprofondava ancora piú addentro nell'equivoco del suo quadro di riferimento teorico quando affermava con chiarezza che l'osservazione dei fenomeni giuridici è di tipo empirico e non ha niente a che vedere con la speculazione filosofica, anzi, che si deve dubitare che una filosofia del diritto sia mai esistita²¹.

Se Miceli conservava per la sua trattazione il nome di filosofia del diritto, ciò si spiega perché il suo «indirizzo psicologico» manteneva la pretesa di ottenere un approccio generale al diritto, fondato sulla capacità della psicologia di spiegare i modi in cui si formano i fenomeni giuridici: «siccome i fenomeni giuridici attingono innanzi tutto (*sic*) la loro natura al fatto psichico – egli scriveva –, l'indirizzo

²⁰ Cfr. V. MICELI, *Principii di filosofia del diritto*, Società Editrice Libreria, Milano 1914, p. VII: «Nel presentare ai lettori questo manuale, devo avvertire innanzitutto che il suo vero titolo dovrebbe essere: *Principii di scienza generale del diritto*. Infatti qui è trattata a preferenza quale scienza empirica, su dati psicologici e sociologici, quella disciplina che va col nome di *Filosofia del diritto*». Se Miceli scriveva che si sarebbe appoggiato «su dati psicologici e sociologici», già questo coordinamento di psicologia e sociologia fa problema; senza scendere nel dettaglio, però, ci serva solo rilevare per conoscenza che, per sviluppare i suoi studi giuridici, Miceli prestava attenzione alla *Massenpsychologie* o *psychologie des foules*; cfr. V. MICELI, *La psicologia della folla*, in «Rivista italiana di sociologia», 3, 1899 (2), pp. 166-195 e V. MICELI, *Il diritto quale fenomeno di credenza collettiva*, in «Rivista italiana di sociologia», 9, 1905 (5-6), pp. 501-522.

²¹ Cfr. V. MICELI, *Esiste una filosofia del diritto?*, in «Rivista italiana di sociologia», 17, 1913 (3-4), pp. 323-340: «Il carattere empirico del diritto è così evidente, che non può non arrecar meraviglia (*sic*) l'ostinazione dei filosofi a volere a tutti i costi costruire una filosofia del diritto». Si noti che tutti i contributi a giornale di Miceli che abbiamo citato finora furono pubblicati dalla *Rivista italiana di sociologia*, che in questo senso fu luogo esemplare dell'onda lunga del positivismo ottocentesco (parliamo del positivismo delle *sciences sociales*, che in Italia divenne soprattutto positivismo filosofico).

della loro filosofia deve essere prevalentemente psicologico»²². Il mondo del diritto, infatti, è

tutto un processo di formazioni psichiche subbiettive, che si vanno lentamente obbiettivando. Da che cosa è determinata questa obbiettivazione nella coscienza collettiva? Da un lento concentramento e da una lenta intensificazione delle forze psichiche.²³

Il fulcro sul quale Miceli intendeva fare leva erano le «formazioni psichiche», le configurazioni delle coscienze individuali, soggettive, che si oggettivano nella «coscienza collettiva» dando luogo a quelle tendenze, che sono soprattutto abitudini e consuetudini, e che forniscono il fondamento ai concetti e agli istituti giuridici. Al fondo dei fenomeni che compongono il diritto, troviamo le volontà individuali, che seguono leggi psicologiche: le volontà sono gli «elementi vivi» del diritto, facendo sí che qualcosa, nel mondo del diritto, avvenga, tale che lo si possa osservare e spiegare mediante quelle leggi²⁴. Se si vuole fare filosofia del diritto, allora, bisogna trovare queste leggi che regolano il passaggio dall'individualità alla socialità, le leggi, cioè, che regolano il modo in cui la soggettività delle volontà agisce di concerto per dare luogo all'oggettività delle abitudini e delle consuetudini che, poi, chiameremo diritto²⁵.

Comunque si decida di osservare il diritto, «dappertutto sono pur sempre elementi psichici che operano»²⁶. Non solo già le abitudini e le consuetudini, infatti,

²² V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, cit., p. 23.

²³ V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, cit., p. 19.

²⁴ Cfr. V. MICELI, *Gli elementi vivi del diritto*, in «Scientia», 8, 1910, pp. 339-349.

²⁵ Cfr. V. MICELI, *Gli elementi vivi del diritto*, cit., p. 346: «ogni norma costituisce, in fondo, un appello alle volontà, alle *buone volontà*, un appello, non soltanto ad *operare* in obbedienza al comando, ma anche a *cooperare* con esso a fine (*sic*) di renderlo effettivamente attuabile, di attuarlo e di farlo attuare» (corsivo nel testo) e p. 348: «l'osservanza della norma [...] è cooperazione e contributo di elementi vivi». Lo psicologismo di Miceli si giustificava in base alla necessità di spiegare perché la socialità mostrasse serie ordinate di fenomeni e non una successione disordinata di individualità. Le leggi psicologiche potevano servire a osservare la regolarità dei comportamenti – e sono le norme che hanno bisogno, per prime, di una spiegazione che le riporti alle volontà individuali, ovvero, come si esprimeva Miceli, ai loro «elementi vivi».

²⁶ V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, cit., p. 12.

ma anche qualsiasi fenomeno giuridico conteneva, per Miceli, un riferimento alla psicologia delle volontà individuali che compongono una coscienza «collettiva» o «sociale».

Il diritto è innanzi tutto un prodotto della coscienza e propriamente della coscienza collettiva. Sia esso opera della quasi istintiva azione della consuetudine, sia prodotto dell'azione in gran parte cosciente della scienza e del legislatore, sia lento prodotto delle successive interpretazioni del giudice; esso emana pur sempre da una coscienza sociale, o trova in questa il suo ultimo fondamento e le condizioni indispensabili per farsi valere.²⁷

Non è necessario che ci soffermiamo sui problemi che l'«indirizzo psicologico» di Miceli solleva perché, ai fini del nostro discorso, importa il gesto che permetteva a una scienza giuridica generale che si richiamava alla psicologia di chiamarsi «filosofia del diritto». Sfruttando la generalità che si era sempre collegata a questa disciplina, Miceli ne occupava lo spazio, riscrivendone le assegnazioni. Non c'era posto per le riflessioni filosofiche sul diritto naturale, perché la natura umana era meglio studiata dalla psicologia, una scienza capace di fornire un metodo rigoroso per fare catena delle discipline che, con una varietà di prospettive, si volgevano all'osservazione di quei fenomeni, i quali, avendo origine dai comportamenti degli individui, potevano essere spiegati a partire dalla formulazione di leggi psicologiche. Se alla scienza giuridica generale di Miceli si dava il nome di filosofia del diritto, allora, possiamo dire che ciò significava viceversa insistere sull'impossibilità di una riflessione filosofica sul diritto: la filosofia del diritto vuole e deve essere generale, ma la generalità alla quale essa si dovrebbe dedicare le è tolta dalla scienza che le si sostituisce.

L'esagerazione di posizioni simili ci permette di fermare i motivi del dibattito che in Italia, tra fine ottocento e inizio novecento, interessò la possibilità stessa di una filosofia del diritto. L'argomento, anzi, puntava spesso sulla dannosità di una tale disciplina, che avrebbe impedito il formarsi di una scienza giuridica generale in grado di coordinare gli sforzi delle molte discipline giuridiche particolari verso un vero e proprio progresso scientifico.

²⁷ V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, cit., p. 11.

Si noti che, in conformità con i nostri obiettivi, non abbiamo fatto altro che accennare alcune delle sfaccettature del dibattito sulla «generalità» giuridica, e troppo poche per restituirlo nella sua ampiezza. Ricostruire le posizioni nella loro specificità ci porterebbe lontano dal nostro tema, perché non potremmo fare a meno di aprire un capitolo dedicato alle rivisitazioni italiane di due tradizioni ben distinte, la storicistica tedesca e la positivistica francese, tradizioni che, come abbiamo visto, c'era chi come Brugi tentava di accomunare, ma che avvicinare con rigore significherebbe tutto un altro lavoro. Il tentativo di Brugi non era del resto il solo, se ci si accinse anche Icilio Vanni, il nome più importante del positivismo ottocentesco italiano rivolto al diritto²⁸. È un nome che ci riporta a Cesarini Sforza, se sarà questi a curare, nel 1920, l'appendice bibliografica di una nuova edizione delle *Lezioni di filosofia del diritto* dello studioso perugino²⁹. Cesarini Sforza doveva avere bene presente la possibilità di rifarsi allo stesso tempo, per dirla con enfasi, a Savigny e a Comte, ma altrettanto si muoveva in un contesto in cui le due tradizioni pesavano sulla filosofia del diritto in modi distinti: lo storicismo, attraverso la pandettistica, confluiva, contro ogni suo merito e ogni sua intenzione, nella scienza del diritto pubblico, che si preoccupava di fornire alla scienza giuridica una autonomia scientifica contrassegnata dall'individuazione statale dei fenomeni giuridici, mentre il positivismo, applicato al diritto, lo inseriva entro le scienze sociali, moltiplicando la varietà e la qualità dei discorsi specializzati per modo dei quali i fenomeni giuridici potevano essere studiati. Non azzardandoci a avvicinare, per contenuti, storicismo e positivismo, il tratto che li accomunava ci rimane il rifiuto della filosofia del diritto e la decisione di occupare lo spazio della generalità giuridica con una scienza che, nel primo caso, era una scienza *giuridica*, mentre, nel secondo, un approccio in genere *positivo* o *sociologico*.

²⁸ Cfr. I. VANNI, *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della ricerca positiva*, in «Rivista di filosofia scientifica», 4, 1885 (6), pp. 693-721; ID., *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, Donato Tedeschi e Figlio, Verona 1890; ID., *La filosofia del diritto in Germania e la ricerca positiva*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 22, 1896 (1), pp. 77-95. Su Vanni, cfr. G. D'AMELIO, *Positivism, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-1975, pp. 431-455.

²⁹ I. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Zanichelli, Bologna 1920⁴.

Non potendoci soffermare sui tentativi interessanti, da parte di Brugi e Vanni, di tenere insieme il «positivismo» storicistico e il positivismo «sociologico», faremo meglio a fare un passo indietro, per dare spazio all'attacco del presente capitolo di produrre gli effetti che deve. Il nostro punto di partenza, infatti, ci è rimasto come librato a mezz'aria, smarrendosi nelle complicazioni delle virtualità di discorso delle discussioni sul diritto tra fine ottocento e inizio novecento in Italia.

Verso la conclusione del capitolo precedente, abbiamo affermato la singolarità della riflessione filosofica sul diritto di Cesarini Sforza, che, nei suoi *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, aveva invitato la filosofia del diritto a lavorare con i concetti e gli istituti della scienza giuridica, sospendendo le loro assegnazioni e provocandone l'irrealtà – l'abbiamo visto nel caso della coazione e del diritto soggettivo. Inserendo il primo libro di Cesarini Sforza nel dibattito sulla *Freirechtsbewegung*, al quale egli partecipò tra il 1912 e il 1913 con gli articoli che ci è capitato di discutere, c'è riuscito di mostrare che l'alternativa di filosofia del diritto e scienza giuridica può essere mobilitata per porre il «problema dell'oggettività»: la vita del diritto, abbiamo concluso, deve essere l'«espressione» della vita dell'individuo, distinguendo tra l'individuo e il soggetto di diritto e tra le azioni individuali e il circolo dell'oggettività compreso nella dualità di azioni empiriche e volizioni astratte.

Avevamo menzionato che, negli stessi anni, Cesarini Sforza stava lavorando al suo secondo libro, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, che uscì nel 1913, avvertitissimo, meglio del precedente, dei dibattiti che si svolgevano intorno alla questione della generalità del diritto. È in questo libro che troviamo l'affermazione dalla quale abbiamo preso le mosse in questo capitolo: la scienza giuridica è una scienza naturale, una scienza empirica, in quanto si occupa dei fenomeni giuridici. In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza si sforzò di dare un proprio nome all'approccio generale al diritto – la «giurisprudenza integrale» era questo: una scienza capace di rivolgersi all'«integralità» dei fenomeni giuridici. Non c'è neanche da dire che il nome non attecchì, e neppure Cesarini Sforza tornò mai a riproporlo, motivo per cui tanto meno importerà a noi questa etichetta; ciononostante ci dovremo chiedere perché, al Cesarini Sforza filosofo del diritto, importasse di definire e sistemare la scienza giuridica come una scienza naturale.

Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale era un tentativo di dare al «concetto del diritto» la maggiore capacità di movimento ma, per Cesarini Sforza, ciò non significava occuparsi di una sua definizione in sede filosofica. In questo suo secondo libro, egli chiariva che tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica passa la differenza che c'è tra la realtà, intesa in senso filosofico, e la sua resa scientifica: la scienza fa della realtà una «natura», ovvero un ordine di fenomeni. Lo abbiamo visto all'inizio di questo capitolo, ma è il caso di ripeterci: «“natura” non è altro che la realtà in quanto diventa oggetto di conoscenza scientifica».

Cesarini Sforza parlava di una «realtà sottogiacente» che si contrappone ai fenomeni che permettono di accedervi mediante concetti che piegano il dato reale all'osservazione, rendendolo «empirico»³⁰. L'accesso scientifico al dato reale è sempre una procedura empirica o «intellettualistica» – e ciò vale sia per ciò che riteniamo ingenuamente naturale, sia per ciò che siamo spinti a ritenere prodotto attraverso un processo «spirituale».

Il mondo del diritto è un mondo «fatto dagli uomini», ma anche tutti i momenti della fenomenologia dello spirito possono trasformarsi in momenti di fenomenologia naturalistica. Rispetto alla conoscenza scientifica non vi sono né fatti «interni» né fatti «esterni»: essa schematizza nello stesso modo tutta quanta la realtà, consista in attività interne dell'uomo, o in avvenimenti esterni naturali.³¹

Capiamo così che, per Cesarini Sforza, parlare della scienza giuridica come di una scienza naturale era affatto il modo per parlarne come di una scienza, perché la scientificità può essere ottenuta soltanto tramite l'applicazione di un concetto alla realtà, applicazione che la «naturalizza» consentendone l'osservazione empirica³². Ogni scienza rappresenta un modo per fare i conti con la realtà che privilegia un accesso concettuale sugli altri: ogni scienza è naturale, perché ogni scienza costruisce la sua natura.

³⁰ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 7: «“fenomeno” è veramente l'apparenza del reale (noumeno) veduto attraverso una forma estrinseca».

³¹ *Ibidem*.

³² Frequenti richiami cesariniani in frangenti simili sono quelli agli studi di Ernst Mach, Christoph v. Sigwart, Wilhelm Wundt, Heinrich Rickert.

La nostra domanda subisce perciò una modifica. Non tanto ci dovremo chiedere quale fosse la rilevanza che Cesarini Sforza ritrovava, per la filosofia del diritto, nel concepire la scienza giuridica come una scienza naturale, ma dovremo chiedere, a rigore, *perché la filosofia del diritto ha bisogno di concepire il diritto come una scienza*, naturalità e scientificità non essendo separabili³³.

Non è senza importanza notare che *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* fosse dedicato a Del Vecchio, né questo fatto ci deve stupire per i motivi sbagliati: di Del Vecchio, infatti, Cesarini Sforza non criticava tanto l'approccio filosofico, che anzi manteneva come pure il suo proprio, quanto la definizione in sede filosofica del concetto di diritto. Non era questo il ruolo che egli pensava per la filosofia del diritto: «il *concetto del diritto* – scriveva – è un concetto non filosofico, ma scientifico»³⁴. Esso è un «concetto semplicemente *generales*»³⁵, che non ha l'universalità dei principi filosofici e del quale, perciò, la filosofia non si occupa per definirlo, bensì per negoziarne la definizione con la scienza giuridica.

Se la dedica del suo libro del 1913 ci deve stupire, non è perché con questa Cesarini Sforza rivendicava un posizionamento filosofico nel dibattito sulla generalità giuridica, ma perché, rispetto a Del Vecchio, egli aveva un'opinione singolare del modo in cui alla filosofia del diritto dovesse essere attribuito di rivolgersi alla scienza giuridica: non si trattava di sostenere che alla filosofia del diritto toccasse di caratterizzare il quadro generale della riflessione sul fenomeno giuridico, né di rinvenire la forma di un universale filosofico che permettesse di sapere, dalla dimensione del registro senza tempo della filosofia, quando era che si potesse parlare di diritto; invece, per Cesarini Sforza, la filosofia del diritto doveva lavorare con i concetti e gli istituti giuridici: doveva rivolgersi alla produzione scientifica sul diritto per ottenerne la propria collocazione, e partire dalla situazione di un dominio epistemico concepito nella sua generalità.

³³ Cfr. ancora, un'ultima volta, sulla capacità della scienza naturale di estendersi alla fenomenicità generalmente intesa (senza distinguere tra, diciamo, *Naturwissenschaften* e *Geisteswissenschaften*), *Il concetto del diritto*, cit., p. 8, n. 3: «anche i fatti dello spirito diventano, per la scienza, fatti di *natura*, intendendo con questa parola il mondo dell'osservazione scientifica» (corsivo nel testo).

³⁴ *Il concetto del diritto*, cit., p. 3 (corsivo nel testo).

³⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 3, n. 1 (corsivo nel testo).

Solo così, lasciando svolgerne la concettualità, lasciandola sistemarsi, era possibile, per Cesarini Sforza, una critica della scienza giuridica; anzi, possiamo dire che, affinché la filosofia rivolgesse al diritto la sua critica, questo doveva contenere un momento generale – la filosofia poteva posizionarsi *a lato* della scienza giuridica solo se questa si occupava da sola di fare sistema dei propri concetti e istituti³⁶.

Quando parlava della naturalità della scienza giuridica, quindi, Cesarini Sforza lo faceva in un modo molto diverso da un qualsiasi riduzionismo associabile a una impostazione come quella psicologica di Miceli. Non va lasciato tacito il paragone perché sembrerebbe che possiamo tracciare le linee di una somiglianza tra i propositi delle due riflessioni. Miceli, lo abbiamo visto, riportava il diritto alle formazioni psichiche che aggregandosi danno luogo, dalla loro soggettività, all'oggettività giuridica. La volontà degli individui è sorretta da leggi psicologiche e è il fenomeno al quale possiamo riportare il diritto, che non viene caratterizzato tanto dall'osservanza, quanto dall'adesione: «ogni atto di osservanza – scriveva Miceli – è sempre, in fondo, la risultante della forza della norma combinata con le altre forze della coscienza, sulla quale quella opera»³⁷. La coazione, perciò, deve essere spiegata ricorrendo alle caratteristiche individuali che la rendono possibile:

ciò che noi chiamiamo forza obbligatoria del diritto è innanzi tutto un fatto spirituale, che opera per mezzo di forze spirituali; le forze e i mezzi materiali esterni, con cui essa si fa valere, sono una conseguenza naturale di questi elementi psichici e li presuppongono. Per cui la coazione attinge da essi tutta la sua efficacia.³⁸

³⁶ «Che cos'è dunque la scienza? Semplicemente la conoscenza del mondo mediante i concetti empirici. Ed ogni singola scienza si risolve in una serie di tali concetti *sistemati*» (*Il concetto del diritto*, cit., p. 9, n. 2, corsivo nel testo).

³⁷ V. MICELI, *Gli elementi vivi del diritto*, cit., p. 342.

³⁸ V. MICELI, *L'indirizzo psicologico nella filosofia del diritto*, cit., p. 21. Miceli subordinava la coazione all'adesione, spostando il centro del discorso sul diritto dalle norme (e dalla capacità di queste di spingere un individuo all'azione) alle volontà individuali che aderiscono a esse. Considerare il fenomeno dell'adesione lo portava inoltre a sottolineare la disparità tra la statuizione e l'applicazione di una norma, che «nel fatto si esplica, *funziona*, in modo diverso da quello che avrebbe dovuto secondo le previsioni di coloro che la formularono» (V. MICELI, *Gli elementi vivi del diritto*, cit., p. 344, corsivo nel testo).

La sensibilità di Miceli sembra essere vicina a quella cesariniana, che conosciamo dalla nostra lettura dei *Principi filosofici*: del diritto si deve parlare attraverso lo studio delle volontà individuali, occorre rivolgersi al processo che dalla loro soggettività porta all'oggettività giuridica, le norme sono considerate piuttosto nella loro applicazione che nella loro statuizione³⁹ e vanno riportate ai loro «elementi vivi», che non subiscono la coazione, ma vi aderiscono. Tuttavia, Cesarini Sforza non poteva accettare l'«indirizzo psicologico» di Miceli: lo chiarì bene nell'appendice su *La giurisprudenza integrale nel sistema delle scienze* al libro del 1913⁴⁰. Egli acclude questa appendice per confrontarsi con il dibattito sulla generalità giuridica: era un dibattito che lo riguardava da vicino, interessando la relazione tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica.

Per Cesarini Sforza, ricondurre la scienza giuridica alle volontà individuali non poteva volere dire inserire, nello spazio delle considerazioni generali sul fenomeno giuridico prima occupato dalla filosofia del diritto, un dominio epistemico distinto da quello giuridico, come era quello psicologico. Si dimenticava così la singolarità del discorso sul diritto e si perdeva il senso della fenomenicità che si cercava di spiegare; inoltre, l'approccio rimaneva scientifico, cioè naturalistico, e si dissolveva un accesso concettuale alla realtà solo per sostituirlo con un altro, operazione che lasciava inspiegato come una concettualità fosse prodotta e avesse effetto. Al soggetto giuridico si avvicendava un soggetto psicologico, che tanto quanto il giuridico doveva essere distinto dall'individualità di azione che permette di porre la questione di come la soggettività dia luogo all'oggettività.

Se anche Cesarini Sforza riferiva la realtà del diritto alle azioni individuali, non era per verificarne i motivi psicologici: gli individui non avevano per lui un carattere sostantivo, non erano le coscienze che vengono spinte a agire da credenze o desideri – ciò avrebbe significato dire che è impossibile uscire dalla logica della coazione, della quale, invece, la filosofia del diritto doveva dimostrare l'irrealtà. Per farlo, non occorreva indagare le coscienze e formulare le leggi psicologiche del lo-

³⁹ Secondo una suggestione che meglio degli altri stava esprimendo la *Freirechtsbewegung*, alla quale non a caso Miceli si rivolse; cfr. V. MICELI, *Scuola del diritto libero (Frammento)*, in «Annuario della Biblioteca Filosofica», 2, 1913, pp. 436-450.

⁴⁰ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., pp. 201-213.

ro funzionamento, ma bisognava dispiegare la dialettica che univa l'irrealtà filosofica della coazione alla sua naturalità scientifica.

Quando, nell'appendice che dedicò al dibattito sulla generalità giuridica, Cesarini Sforza ritornava sulla distinzione tra filosofia del diritto e scienza giuridica che aveva impostato nelle prime pagine del suo secondo libro, riprendendo e sviluppando i temi trattati nei *Principi filosofici*, egli si preoccupava di chiarire che la concettualità alla quale la filosofia del diritto si rivolge non è di costituzione filosofica, ma viene ricevuta dalla filosofia per come essa è stata costituita dalla scienza. Quest'ultima ha in comune con le altre scienze di essere naturale, cioè di predisporre un accesso concettuale alla realtà che la rende osservabile come un ordine di fenomeni, ma ciò non significa che il piano del discorso giuridico debba essere avvicinato ulteriormente a altri. Tenendo presente il dibattito sui futuri della generalità giuridica al quale faceva riferimento, possiamo dire che la singolarità della riflessione filosofica cesariniana stava in questo, che per Cesarini Sforza non si trattava di decidere se ciò che doveva occupare lo spazio delle considerazioni generali sul diritto fosse la filosofia del diritto o la scienza giuridica, ma di rinegoziare il compito della filosofia davanti alla generalità che la scienza giuridica aveva acquisito; non si trattava, cioè, di decidere se generale dovesse essere meglio la filosofia del diritto o la scienza giuridica, ma di rivedere il modo in cui la riflessione filosofica aveva a che fare con l'analisi scientifica: la scienza giuridica doveva essere restituita nella sua generalità – e proprio perciò non se ne poteva ridurre la fenomenicità a quella di altri domini epistemici.

Come si sarà fatto caso, quando si trattava della scienza giuridica, le posizioni di Cesarini Sforza non erano dissimili da quelle di Orlando che abbiamo affrontato e che, abbiamo accennato, possono essere avvicinate a loro volta agli esiti di un approccio filosofico come quello di Del Vecchio. Ciò potrà confondere, se pensiamo che l'intento delle riflessioni filosofiche cesariniane si strutturava meglio lontano dalle ipotesi statalistiche della scienza del diritto pubblico; eppure, quest'ultima stava lavorando alla generalità del diritto, costruendo un ambito solamente giuridico nel quale esprimerla, e Cesarini Sforza era interessato a questa possibilità, che preferiva a un discorso generale che accomunasse la scienza giuridica alle scienze sociali. A Orlando, infatti, egli non rimproverava di avere cercato di porta-

re avanti le premesse pubblicistiche dell'ultimo ottocento tedesco riguardo alla scientificità del diritto, né lo biasimava per avere cercato il modo in cui a essere generale fosse la scienza *giuridica*, ma criticava piuttosto la capacità del diritto *pubblico*, dello stato, di comporre tutto l'ordine di fenomeni che serviva a renderla, in effetti, generale.

La scienza giuridica si era sistemata come scienza del diritto pubblico – e una filosofia del diritto attenta agli svolgimenti dell'analisi scientifica, come quella di Cesarini Sforza, non poteva non considerare questo fatto, che con radicalità aveva modificato i rapporti tra la scienza e la filosofia. Egli prendeva quindi le mosse da quella sistemazione, che faceva capo allo stato come il fenomeno giuridico per eccellenza, e vi affiancava la sua filosofia del diritto. Ne accettava le premesse per valutarne le diramazioni. Se la scienza giuridica portava avanti la sua istanza di autonomia rispetto alla filosofia del diritto, questa non doveva rimpiangere la generalità perduta, ma rivalutare, aggiornandolo, il modo in cui avere a che fare con quella. Per Cesarini Sforza, la scommessa era semplice: *è possibile una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico?*

Per iniziare a rispondere a questa domanda, dobbiamo andare a vedere, adesso, in che maniera egli rappresentasse il movimento della scienza giuridica alla quale affiancherà le sue riflessioni filosofiche. Per farlo, dovremo affrontare *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, insieme a alcuni articoli che gli sono seguiti, dedicati agli stessi temi; intanto, però, ci concederemo tre attraversamenti di significato, per avvicinarci con parole cesariniane al nostro tema: prima, caratterizzeremo il movimento della scienza giuridica come un *progresso* (I); poi, vedremo che, per Cesarini Sforza, la filosofia del diritto si rivolge alla scienza giuridica nel modo della *distruzione* della sua concettualità (II); infine, cercheremo di capire che cosa significhi, per la filosofia del diritto, riconsegnare la scienza giuridica alla sua *possibilità* (III). Saranno attraversamenti brevi, guidati euristicamente dalle tre parole che abbiamo elencato e che servono, ognuna a suo modo, a comporre il movimento che Cesarini Sforza immaginava per la scienza giuridica, un movimento che si svolge nella sua autonomia di scienza naturale. È infatti una autonomia, questa, che discende dalle caratteristiche della sua naturalità, con la quale essa si distacca

tanto dalla filosofia, quanto dalle altre scienze, per trovare una misura generale di che cosa sia un fenomeno giuridico.

(I) *Il progresso della scienza giuridica*

La singolarità della riflessione filosofica cesariniana consisteva in questo, che egli non negava alla scienza giuridica di essere generale, non riteneva cioè che la generalità scientifica negasse il senso dell'esigenza filosofica di riportare le forme del diritto alla ragione della loro formazione. Egli riteneva, anzi, che la filosofia del diritto dovesse aggiornare il proprio compito alla generalità acquisita dalla scienza, rinunciando alla pretesa di fornire una definizione del «concetto del diritto»: posizionandosi *fuori* dalla scienza giuridica, non era la riflessione filosofica a acclarare i termini e gli estremi del discorso prodotto *dentro* il dominio epistemico dei fenomeni giuridici – la filosofia, per sapere di rivolgersi al diritto, aveva bisogno dei concetti e degli istituti che la scienza definiva in quanto giuridici: erano questi il suo punto di partenza.

Attribuire alla scienza giuridica, e a essa soltanto, la definizione del «concetto del diritto», della generalità giuridica, era, per Cesarini Sforza, l'operazione che permetteva di distinguerla dalla filosofia del diritto. Ma ora, come serviva tenere separate filosofia del diritto e scienza giuridica, così era importante che la scienza giuridica non si confondesse con altre scienze: la sua autonomia era necessaria alla filosofia del diritto, che perciò disponeva di una concettualità alla quale rivolgersi, ma era inoltre, al pari della naturalità, una condizione dirimente della sua scientificità. Da questo punto di vista, l'appendice a *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* sulla classificazione delle scienze era chiara: la scienza giuridica doveva avvicinare l'ordine di fenomeni di altre scienze *senza raggiungerlo*. È una tentazione, quella di stabilire dei confronti tra i domini epistemici, che va intrattenuta, perché non va rimosso che l'orizzonte epistemologico manifesta una pluralità di scienze, ma in fondo resistita. Le scienze sono molte, ma ciascuna deve elaborare la logica della propria concettualità:

[la] possibilità di moltiplicare i punti di vista per uno stesso oggetto induce nell'erronea convinzione che siccome ogni scienza, per sé presa, non esaurisce tutti gli aspetti di un dato ordine di fatti, si debba integrarne i risultati col tener presente gli altri punti di vista, e rinsanguarla, per così dire, coi concetti delle scienze affini.⁴¹

Laddove l'accesso concettuale alla realtà caratteristico di una scienza non esaurisca il bisogno esplorativo di un «oggetto», la tentazione di rivolgersi a altre scienze per completare l'indagine è forte – e la pluralità delle scienze garantisce che sia possibile disporre, per uno stesso «ordine di fatti», di molti «punti di vista». Ma se è vero che di scienza si deve parlare al plurale, se dobbiamo dare per noto che ci siano *le* scienze e non *la* scienza, tuttavia il sostegno che una può fornire a un'altra è esso stesso una operazione scientifica, che disturba la tranquillità concettuale di un dominio epistemico e che, dunque, non può essere portata avanti da ogni scienza alla bisogna, perché richiede un intervento che ottenga con rigore la riduzione di una concettualità.

Cesarini Sforza svolgeva così le sue premesse naturalistiche: se per essere tale una scienza deve essere naturale, e se essere naturale per una scienza significa procurare un accesso concettuale alla realtà, che produce un ordine di fenomeni singolare, allora tra concetti e fenomeni viene stretta un'alleanza rigorosa, che priva della capacità di parlare dei fenomeni separandoli dai concetti che servono per pensarli. L'ambizione di «esaurire» un oggetto è lontana dalla scienza, come se quello potesse precederla e non fosse un prodotto, invece, della sua impostazione teorica. Succede, quindi, che alcuni domini epistemici possano sembrare vicini a una loro considerazione estrinseca, ma la loro vicinanza può dare occasione soltanto a una convergenza che, d'altra parte, non deve impensierirne l'autonomia, alla quale le scienze non possono rinunciare.

La produzione scientifica si dirama nelle molte direzioni della specializzazione concettuale – e ciò aumenta gli ordini di fenomeni disponibili; eppure, ciascuna scienza definisce il suo dominio epistemico, rendendo inaccessibili alle altre i fenomeni che individua senza confrontarsi con la concettualità che li ha definiti. Se tale confronto può essere una questione di opportunità, come quando si deve deci-

⁴¹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 211.

dere quale percorrere tra gli indirizzi delle varie scienze, comunque, in questo confronto, ne andrà sempre della loro autonomia. Una volta che si è assunta la naturalità delle scienze, la loro autonomia ne segue necessariamente come un impegno epistemologico a produrre una «natura», un ordine di fenomeni *vincolato* a un accesso concettuale alla realtà.

E tuttavia va detto che il nesso tra una fenomenicità e una concettualità non è tale che l'autonomia di una scienza possa ritenersi assicurata: benché la riduzione di una scienza a un'altra sia un'operazione scientifica alla quale consegue la perdita della singolarità di un dominio epistemico, ciò non comporta che sia impossibile. E c'è di più. Sebbene la tendenza all'autonomia sia una caratteristica di ogni scienza, ciò non esclude che nella pratica scientifica si rinunci al suo perseguimento – e già questo può produrre sviamenti e tergiversazioni:

poiché questa reciproca compenetrazione delle scienze – scriveva Cesarini Sforza – ripugna alla logica scientifica, nel fatto essa rimane sempre allo stato di programma e di illusione; ma anche soltanto il crederla possibile rappresenta un danno per il *progresso* – sottolineiamo in corsivo – di quella scienza cui si vuole portare il sussidio della scienza affine: i vantaggi sono per quest'ultima, mentre la prima resta come paralizzata.⁴²

Abbiamo visto che la nostra domanda sul perché, per Cesarini Sforza, la filosofia del diritto si dovesse interessare alla naturalità della scienza giuridica, occupandosi della sistemazione che essa aveva raggiunto, ci si è trasformata tra le mani: chiedersi perché una scienza sia naturale vuole dire interrogarsi sulla sua scientificità *tout court*. Una scienza è tale in quanto è autonoma e lavora ai suoi concetti e

⁴² *Ibidem*. Come si legge, Cesarini Sforza riteneva, contro quanto abbiamo appena scritto, che la tendenza delle scienze all'autonomia fosse abbastanza forte da rendere impossibile ogni «compenetrazione» effettiva: avvicinare due scienze, perciò, sarebbe sempre solo un errore commesso nella pratica scientifica. Dobbiamo respingere questa visione, nella sua pretesa di valenza universale, ma ammettiamo che la riduzione di una scienza a un'altra sia un fenomeno assai raro e difficile a verificarsi (sebbene ciò non voglia dire che, quando serve, essa non sia perfino auspicabile). Confermiamo inoltre l'importanza di quello «stato di programma e di illusione», che Cesarini Sforza attribuiva ai tentativi di farla finita con l'autonomia di una scienza: quando la riduzione non è una operazione scientifica, in effetti, essa è una superfetazione analogica o ideologica che pesa sullo svolgimento di una scienza, impedendone il lavoro.

istituti, ma se, adesso, il motivo dell'autonomia di una scienza ci si scopre esserne il progresso, allora possiamo affermare che perdere in autonomia inibisce il progresso scientifico – e se la filosofia del diritto si deve interessare all'autonomia della scienza giuridica è per questo, perché la deve rendere all'altezza di aggiornare i suoi concetti e i suoi istituti e di stornare le sue crisi.

Se, allora, una scienza vuole interessarsi alla sua autonomia, di converso essa deve discutere le condizioni del suo progresso. Se si trova di fronte a un problema che sembra potersi risolvere richiamando le ragioni di altri accessi concettuali alla realtà, essa deve fermarsi e comprendere in che modo la sua concettualità ha generato quel problema: le scienze devono svolgere le premesse della loro località per ottenere soluzioni decise dalla singolarità delle loro operazioni e dalla fenomenicità alla quale danno luogo, refrattaria a facili accostamenti e confacentesi, piuttosto, allo svolgimento della loro «logica potenzialità», un altro nome che possiamo dare al progresso.

Una volta che si abbandona un determinato criterio scientifico, la sostituzione dei nuovi punti di vista non ha mai fine [...]. Quel che invece soprattutto (*sic*) importa è l'autonomia di ogni disciplina, condizione indispensabile perché possa svolgere completamente la sua logica potenzialità.⁴³

Capiamo così che quando, in *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesari Sforza si occupava della scienza giuridica sancendone l'autonomia, egli non aveva in mente la possibilità di una filosofia del diritto che ha bisogno che questo sia percorso da un discorso scientifico a caratterizzarne la fenomenicità, o meglio, non solo; soprattutto, l'autonomia serviva alla scienza giuridica per discutere le condizioni del suo progresso, il progresso essendo un requisito irrefragabile della sua autonomia e, di ritorno, della sua scientificità. «Una scienza – scriveva Cesari Sforza – è autonoma in quanto [...] trova compiutamente *in sé* ogni ragione e possibilità di progresso»⁴⁴ – e ancora più esplicitamente: «“scienza” e “progressivi-

⁴³ *Il concetto del diritto*, cit., p. 212, n. 1.

⁴⁴ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, in «Rivista di Filosofia», 10, 1918 (3), pp. 121-125, p. 123 (corsivo nel testo).

tà” si equivalgono»⁴⁵. Tutto sembra indirizzare verso una catena di equivalenze: tra scientificità e naturalità, tra naturalità e autonomia, tra autonomia e progresso, componendo un’immagine di una scienza giuridica percorsa dall’interesse per i suoi concetti e i suoi istituti e per il loro svolgimento sempre e di nuovo *progressivo*.

La scienza giuridica doveva essere autonoma, se voleva parlare del suo progresso, ma le scienze si confondono con i loro svolgimenti e, quando si tratta del progresso, ne va della loro scientificità: la scienza è predicata del progresso, al quale possiamo guardare per capirne i tratti di dominio epistemico – e perciò, se la scienza giuridica voleva essere una scienza, essa doveva essere autonoma, ovvero lavorare ai concetti e agli istituti giuridici per aggiornarne le assegnazioni, rinegoziare i loro rapporti, produrne di nuovi. «Ogni scienza – scriveva Cesarini Sforza – è sempre in procinto di discutere e correggere anche i propri concetti fondamentali»⁴⁶, e quella «della rinnovazione dei principi e delle sintesi ardimentose è la via maestra del progresso nella scienza del diritto»⁴⁷: nella sua autonomia, la scienza giuridica lavora ai suoi concetti e ai suoi istituti, ne elabora la logica e le assegnazioni assicurandosi la singolarità del proprio ordine di fenomeni; è già distante, così, dalla filosofia del diritto e la sua scientificità, se deve ricevere un nome, non dovrà riceverlo dalle altre scienze, ponendo invece i problemi che il suo progresso le chiede di risolvere.

Ecco risposta, quindi, la nostra domanda di prima. Che significato ha, per la filosofia, interessarsi al diritto come una scienza? Significa *interessarsi al progresso dei concetti e degli istituti giuridici*. La scienza giuridica lavora *ai* concetti e *agli* istituti giuridici, mentre la filosofia del diritto lavora *con* quei concetti e *quegli* istituti. La scienza giuridica, elaborando la propria generalità, non richiede l’aiuto della filosofia del diritto: la prima autonomia che ricerca è proprio quella dalla riflessione filosofica; ma se il senso di questa autonomia viene smarrito, se dunque la scienza perde il movimento della sua progressività, e con ciò della sua scientificità, allora sorge l’esigenza di un intervento filosofico a richiamare la scienza alle ragioni che

⁴⁵ *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», 22, 1918 (3-4), pp. 241-265, p. 252.

⁴⁶ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 250.

⁴⁷ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 252.

il suo accesso concettuale definisce per il suo ordine di fenomeni. Se la filosofia del diritto ha un compito nei riguardi della scienza giuridica, è quello di ricordarle la sua «natura» a fronte della realtà della quale è una declinazione. Ma come portare a termine questo compito? Vedremo che Cesarini Sforza non vi si accingeva, per così dire, con delicatezza.

(II) *La distruzione della scienza giuridica*

Quando trattava dell'autonomia della scienza giuridica (ma lo stesso si poteva dire di altre scienze) dalla filosofia, Cesarini Sforza ripeteva il gesto di Savigny⁴⁸, intendendola come una rinuncia scientifica a rinvenire l'origine del diritto, sulla quale la filosofia si era interrogata: «la conquista dell'autonomia – egli scriveva – corrisponde, e non solo per la scienza del diritto, alla liberazione dal problema dell'origine»⁴⁹. L'espunzione del problema dell'origine significa, per la scienza giuridica, una dedizione quasi procedurale ai propri concetti e istituti, alla loro rielaborazione: essa ne segue la logica che predispose il movimento interno del loro sviluppo; è questo movimento interno che, rendendo conto della rappresentazione che Cesarini Sforza aveva del funzionamento della scienza giuridica, abbiamo chiamato «progresso». L'interiorità scientifica del progresso evita l'esteriorità dei riferimenti a altri domini epistemici, non perché, entro una scienza, noi troviamo la trattazione completa e esaustiva di una materia, ma perché ogni accesso concettuale alla realtà contiene un'arbitrarietà di definizione dell'argomento che lo rende inaccessibile al di fuori della sua concettualità, senza nulla togliere, per il resto, al rigore con il quale deve essere svolto.

Discutere l'origine del diritto voleva dire due cose: una prima, considerata la sistemazione stalistica della scienza del diritto pubblico, era ricercare i processi che avevano preceduto e portato allo stato, oppure quelli, che spiegavano la sua costituzione nella contemporaneità della sua affermazione; una seconda, considerate le riprese del diritto naturale, era ricercare il fondamento della pensabilità del

⁴⁸ Ne abbiamo parlato *supra*, cap. 1, pp. 77-81.

⁴⁹ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 124.

diritto e giustificarne la necessità. Secondo la prima delle due interpretazioni, discutere l'origine del diritto comportava dedicarsi a osservazioni che non dovevano essere giuridiche, che anzi si proponevano di spiegare la formazione del diritto a partire da diversi «punti di vista» scientifici; la seconda interpretazione, invece, era quella che chiamava in causa la filosofia del diritto e che voleva che questa facesse di nuovo propria la generalità giuridica. La prima interpretazione disattendeva le aspettative di autonomia della scienza giuridica, confondendone le analisi con quelle di altri ordini di fenomeni, mentre la seconda fraintendeva lo «scopo» e la «ragione d'essere» della filosofia del diritto.

«Scopo e ragione d'essere della filosofia – scriveva Cesarini Sforza – è di sostituire, al dato empirico, la nozione del reale»⁵⁰. Il compito della filosofia del diritto non è quello di andare in cerca di un universale giuridico nel modo del diritto naturale, ma quello di portare, davanti alla naturalità della scienza giuridica, un'istanza di realtà: l'arbitrarietà di definizione giacente al fondo di ogni scienza non deve essere stabilizzata, bensì portata al parossismo dove si accentua la discrepanza tra natura e realtà, e un ordine di fenomeni privato della sua origine si mostra in tutta la sua infondatezza.

I concetti e gli istituti giuridici fanno presa sui fenomeni, contando sulla regolarità che gli viene attribuita dalla concettualità alla quale sono vincolati⁵¹. Quello scientifico è un circolo che verifica i concetti sui fenomeni a partire da un accesso concettuale che assicura la loro verifica. Per quanto riguarda il diritto, questo è il circolo dell'oggettività, che previene che i comportamenti degli individui siano osservati altrimenti che nella loro regolarità, trasferendo le azioni individuali nella dualità di azione empirica e volizione astratta. In questo modo, scriveva Cesarini Sforza, «il concetto scientifico altera l'esperienza pura della realtà, venendo costituito mediante una schematizzazione che *distrugge* – ecco il nostro secondo significato – l'individualità e la concretezza di questa»⁵².

⁵⁰ *Il concetto del diritto*, cit., p. 10.

⁵¹ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 3, n. 1 (corsivo nel testo): i «concetti empirici o *scientifici* [sono] veri schemi raccoglitori, fra i dati del reale, degli elementi di omogeneità che sfuggono alla conoscenza filosofica (pensamento del reale nell'istante in cui diviene), e che anzi sono da questa distrutti».

⁵² *Il concetto del diritto*, cit., p. 4, n. 1.

Rispetto alla realtà, la scienza compie un'operazione di disturbo che permette di ordinarla naturalisticamente. La filosofia non può ordinare la realtà, non può costruire una natura – e ciò la rende dipendente dalla scienza giuridica, se vuole essere filosofia *del diritto*; tuttavia, dal fatto che essa parte dalla definizione scientifica dei fenomeni giuridici non ne viene che non se ne sappia distaccare, che non possa, anch'essa e a suo modo, distruggerla: «il sapere scientifico è il punto di partenza e la filosofia il punto di arrivo. Ma è un punto di arrivo che nega il punto di partenza»⁵³.

Per Cesarini Sforza, la filosofia del diritto, con la sua dipendenza dalla scienza giuridica, era pure sempre in grado di rivendicare la propria singolarità.

Il sapere scientifico fornisce soltanto il dato particolare da cui il pensiero si lancia nell'infinita realtà pura, e che perciò in quest'atto è abbandonato, negato, distrutto completamente. La scienza non è una tappa o un gradino verso la filosofia, che le tappe o i gradini successivi presuppongano poi sempre, come se senza di essi dovesse crollare nel nulla, bensì è un appoggio momentaneo di cui lo spirito filosofico ha bisogno, come la fiamma ha bisogno di un corpo dalla cui distruzione possa sorgere.⁵⁴

Possiamo dire che, per dedicarsi al diritto, la filosofia debba essere *complice* della scienza giuridica, ma è una complicità di perturbamento, che scopre l'insufficienza della rappresentazione scientifica. La riflessione filosofica agita la tranquillità dei concetti e degli istituti giuridici nella loro sistemazione, chiede le ragioni della loro giuridicità e li rinvia a una ulteriorità di riferimento che sospende le loro assegnazioni.

Se la filosofia del diritto ha il suo punto di partenza nella scienza giuridica, d'altra parte non ne è una continuazione, ma, secondo la poetica cesariniana, una *distruzione*: non bisogna che la filosofia completi il senso della sistemazione scientifica del diritto, né che si ponga a coronamento della scienza giuridica; invece, occorre che essa neghi la sua concettualità, se vuole trovare le prospettive aperte

⁵³ *Il concetto del diritto*, cit., p. 10.

⁵⁴ *Ibidem*.

dalla sua formazione, figurarsene lo svolgimento, dare occasione a nuove fenomenicità di avvenire:

ufficio della filosofia sarà, fra gli altri, non di studiare i fatti «giuridici» in quanto isolati *come tali*, ma, al contrario, di mostrar ciò che in essi c'è di *non giuridico*, ossia di immediatamente reale; nel medesimo tempo, essa rappresenterà il funzionamento del meccanismo intellettualistico distrutto, indicando il modo per cui ciò che è semplicemente *reale* (attività pura dello spirito) può anche apparire come specificamente «giuridico». Il pensiero filosofico presuppone la scienza soltanto per criticarla: quindi non la continua, ma le si contrappone.⁵⁵

La rappresentazione scientifica sostituisce, alla realtà, una natura che serve a rimuovere dalla considerazione teorica di un ordine di fenomeni ciò che non appartiene alle regolarità individuate. La filosofia, ricordando a una scienza l'accesso concettuale che la determina, la richiama allo scarto tra la realtà e la natura che la definisce. Il «dato empirico» della scienza impedisce di considerare il «dato reale», che anzi viene distrutto quando una concettualità entra in gioco a individuare un ordine di fenomeni. La scienza giuridica, percorrendo la propria concettualità, impedisce che l'irregolarità dei comportamenti individuali venga in esame tranne che per essere ricondotta a una regolarità: le azioni della scienza giuridica sono sempre empiriche e confrontate all'astrattezza delle volizioni, che le descrivono come «mezzi per uno scopo»; non possono che essere ripetute, e possono essere ripetute perché si sono già verificate – la loro pensabilità dipende dal loro essere passate e dall'ipotesi che si possano verificare, un'altra volta ancora. Non c'è fenomeno che, considerato dalla scienza giuridica, non sia perciò stesso giuridico: alla filosofia non spetta, allora, di continuare la rappresentazione scientifica del diritto, in altre parole la filosofia del diritto non è l'ultima realizzazione della scientificità giuridica, perché la riflessione filosofica lavora, semmai, per togliere i fenomeni giuridici alla regolarità che hanno acquisito entro la scienza. Osserviamo qui, in tutta la loro estensione, le ragioni del posizionamento di Cesarini Sforza nel dibattito sulla generalità del diritto: la filosofia del diritto non è la scienza

⁵⁵ *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 51-52 (corsivo nel testo).

giuridica generale ma la presuppone, affiancandosi a essa; la filosofia del diritto si rivolge all'individuazione generale dei fenomeni giuridici, cogliendo il passaggio di quei fenomeni alla giuridicità, la rimozione della loro individualità «reale»; la filosofia del diritto lavora con i concetti e gli istituti giuridici, non per metterne a punto, per affinarne le capacità rappresentative della natura giuridica, ma per regredirli al modo della loro rappresentazione, dove non è necessario che le regolarità presupposte da un ordine di fenomeni si verificchino, e si verificchino sempre di nuovo. La riflessione filosofica mette conto, così, di ciò che nei concetti e negli istituti del diritto c'è di non giuridico, ovvero di estraneo alla loro logica, e essa perciò serve alla distruzione del «punto di vista» scientifico, che non sopporta che si disturbi la costruzione di quella natura, dove imbastisce le sue operazioni.

Si potranno dire tante cose, della filosofia del diritto di Cesarini Sforza, concepita come una critica della scienza giuridica, tranne che questa intendesse essere una critica costruttiva. Ma, sebbene la si debba ritenere affezionata alla sua *pars destruens*, continuando a intrattenerci con il nostro significante cesariniano, ci dobbiamo chiedere: se la filosofia del diritto lavora con i concetti e gli istituti giuridici, speculando su ciò che esorbita le loro assegnazioni scientifiche, in altri termini su «ciò che in essi c'è di *non giuridico*», perché essa insiste a interessarsi alla scienza? Abbiamo detto che lo fa per riceverne la propria collocazione, per essere filosofia *del diritto*, una filosofia che si interessa del progresso della scienza alla quale si rivolge – e è vero, ma la domanda va rilanciata nel senso in cui va a chiedere: che cosa resta, della scienza giuridica, dopo che la filosofia l'ha distrutta? E che cosa ne è, della filosofia del diritto, dopo che ha distrutto la scienza?

La filosofia del diritto distrugge, idealmente, la scienza giuridica. Ma per ciò appunto che sa distruggerla, smontandone pezzo per pezzo, concetto per concetto, il meccanismo o il sistema, sa anche come è costruita.⁵⁶

C'è qualcosa di ingegneristico, per così dire, nel processo di distruzione filosofica della scienza giuridica. Questo processo non è l'esplosione vulcanica di ciò che è stato rimosso per permettere la rappresentazione scientifica del diritto – descri-

⁵⁶ *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 53.

zione che si adatterebbe, piuttosto, alle crisi nelle quali si può incorrere entro un dominio epistemico; ma è, meglio, un paziente lavoro con i concetti e gli istituti giuridici che cerca di comprendere come essi agiscano, comprendere quale sia «il meccanismo o il sistema» del loro funzionamento. Se la filosofia del diritto distrugge la scienza giuridica, è perché il suo compito ha bisogno, per essere portato a termine, che il movimento scientifico si arresti. La filosofia del diritto inibisce il funzionamento della scienza, non le permette di continuare a permutare i concetti e gli istituti giuridici, li sospende e, riportandoli alla loro realtà, specula sulla loro irrealtà, la quale consiste precisamente in questo, che il loro movimento può essere arrestato dalla riflessione filosofica.

(III) *La possibilità della scienza giuridica*

Quando diceva che la filosofia del diritto «distrugge» la scienza giuridica, Cesarini Sforza aveva in mente di affermare che la riflessione filosofica non serve a *continuare* l'analisi scientifica, né tantomeno a completarla, ovvero che non possiamo ritrovare la singolarità della filosofia del diritto nella rievocazione della sua generalità di disciplina rivolta al diritto in universale. Se la filosofia ha un compito, nei riguardi della scienza giuridica, non è quello di supplire alle insufficienze del trattamento scientifico dei fenomeni giuridici, che per il vero può essere soltanto un trattamento, appunto, scientifico, ma quello di interrogarsi su come quel trattamento sia, in effetti, possibile. La filosofia del diritto non prosegue né completa la scienza giuridica, ma ne pensa lo «svolgimento» *accanto* alla sua «ragione e *possibilità*» (è questo l'ultimo significante al quale ci rivolgeremo):

se nessun contributo – scriveva Cesarini Sforza – il filosofo potrà dare (né penserà mai di dare) allo svolgimento del diritto scientifico, che trova compiutamente in sé ogni ragione e possibilità di progresso, tuttavia farà qualcosa (*sic*) di più: giustificherà la ragione e la possibilità di esistere della giurisprudenza stessa.⁵⁷

⁵⁷ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 122.

La «giurisprudenza» (spesso si chiamava così la scienza giuridica) non riceve impulso da una realtà che è l'oggetto delle sue analisi – e la filosofia del diritto considera perciò la scienza giuridica dalla parte della sua «natura», dei suoi fenomeni e della concettualità che li ha generati: è una concettualità progressiva, che elabora le proprie diramazioni, ma in questo suo progresso non ci sono facili avviamenti concettuali, perché il suo ordine di fenomeni non pesa sulla scienza giuridica come un oggetto e la tendenza alla conservazione della sua concettualità è maggiore di quella alla sua trasformazione⁵⁸. Il progresso della scienza giuridica è vincolato alla sua autonomia, che la porta a lavorare al nesso tra la sua concettualità e la sua fenomenicità: il cambiamento non arriva dall'esterno a procurare la necessità di nuovi concetti e istituti giuridici, ma viene prodotto a partire dalle tensioni che li attraversano; se qualcosa cambia, la scienza lo riterrà giuridico se sarà capace di inserirlo nel suo discorso, nell'imperturbabilità del suo accesso concettuale alla realtà.

L'invasione della storia – regno del nuovo e dell'inatteso (scriveva Cesarini Sforza) – che è quanto dire l'invasione della realtà pura, nella scienza, non turba la precisa compagine di questa. [...] non può darsi nuovo fenomeno *giuridico* che la scienza del diritto non sia pronta a collocar nei suoi quadri, a spiegare con le sue leggi.⁵⁹

Un fenomeno può pesare sulla scienza giuridica in quanto è giuridico, ma che sia giuridico significa che esso è stato definito, potremmo dire anche *previsto*, dalla concettualità scientifica. Cesarini Sforza immaginava, per la scienza giuridica, un *circolo della definizione* che, se aggiorna i suoi concetti e i suoi istituti, non lo fa per corrispondere a un'istanza di novità, ma per svolgere il nesso stabilito tra una concettualità e una fenomenicità. La novità dei fenomeni, in altre parole, può pesare sulla scienza solo in quanto sia una novità giuridica, ma, se è giuridica, vuole dire che darà modo alla scienza di accomodarla e aggiustarla entro l'ordine che essa individua.

⁵⁸ «Il progresso conoscitivo non consiste tanto nel passaggio da un concetto a un altro che gli si sostituisca, quanto nel perfezionamento di un concetto dato, per mezzo della sua precisa definizione» (*Il concetto del diritto*, cit., p. 13).

⁵⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 43 (corsivo nel testo).

Nessun fenomeno giuridico può contrastare alla forma della scienza giuridica: in qualunque tempo o luogo si presenti, qualunque contenuto riveli, esso affermerà o confermerà, nella sua qualità di fenomeno *giuridico*, l'esistenza di una scienza dei fenomeni giuridici, o del diritto.⁶⁰

Il progresso della scienza giuridica va contro l'intuizione che vuole che, parlando di un movimento progressivo, questo abbia a che fare con una novità. Di per sé, invece, il progresso scientifico non attinge a una novità che, per essere tale, abbia anche carattere di imprevisto, perché faremo prima a rappresentarcelo come una concatenazione concettuale sensibile, piuttosto, alle regolarità che ricerca e ripete – sta qui la differenza con la novità concepita filosoficamente, che misura un progresso con la sua irregolarità, con la sua imprevisione.

Il progresso della scienza giuridica consiste nella rielaborazione dei concetti e degli istituti che servono alla rappresentazione scientifica del diritto. Se la natura del diritto va incontro a un cambiamento, non lo fa perché ne riceve dall'esterno l'istanza, ma perché i fenomeni che individua richiedono un approfondimento e uno sviluppo maggiori, una migliore definizione delle loro relazioni. L'autonomia della scienza giuridica è vincolata alla possibilità di individuare dei fenomeni in quanto giuridici – e il suo progresso ha bisogno della ripetizione di questo gesto, cosicché la scienza giuridica dipende dalla sua capacità di rappresentare il mondo del diritto. Ora, se ritenessimo che una scienza si rivolge al suo «oggetto», del quale formula le leggi, potremmo immaginare che la complicazione di quello aumenti la difficoltà di rappresentarlo scientificamente; ma questo non è, per Cesarini Sforza, il caso della scienza giuridica, che tratta invece di definire la sua natura come un portato del suo accesso concettuale alla realtà. Perciò, se i fenomeni giuridici sono «vari», non è comunque un «ostacolo» per la scienza, ma è il segnale che essa sta lavorando ai suoi concetti e istituti:

la varietà dell'esperienza giuridica non è un ostacolo per la scienza: è, anzi, l'occasione per lo sviluppo di questa, ossia del suo progressivo perfezionarsi. [...] se si scoprono dei

⁶⁰ *Il concetto del diritto*, cit., p. 44 (corsivo nel testo).

fenomeni nuovi, che è necessario ricondurre nel sistema della scienza, ciò si ottiene, per il solito, mediante un nuovo assestamento dei concetti formulati fino a quel punto.⁶¹

È questo calmo lavoro di assestamento che la filosofia del diritto distrugge; ma, per Cesarini Sforza, distruggerlo significa pensare la sua possibilità, cioè sospendere un accesso concettuale alla realtà per concepire una natura lontano dal circolo che assicura la sua verifica. Se la scienza giuridica ha un modo di lavorare alla novità, associandola ai concetti e agli istituti che ha stabilito, la filosofia del diritto mette in dubbio, critica l'inevitabilità di tale processo.

Quando pensiamo la possibilità della scienza giuridica, lo possiamo fare, come abbiamo fatto fino a qui, pensandola come una possibilità *logica*: la possibilità di rappresentare un ordine di fenomeni in quanto giuridico. E però, se la filosofia del diritto vuole rivolgersi davvero a quella scienza, che è il suo punto di entrata sul diritto, questa possibilità deve essere inoltre una possibilità *storica*. Ci se ne chiarisce il motivo se pensiamo fino in fondo il collegamento tra l'autonomia e il progresso della scienza giuridica: la scienza giuridica è tale in quanto essa è autonoma e è autonoma in quanto progredisce, ripetendo il gesto che rappresenta la realtà come un ordine giuridico di fenomeni; ma, se deve la sua autonomia al suo progresso, la scienza giuridica acquisisce di risultato una storia composta dalle diverse assegnazioni che, nel suo movimento progressivo, essa ha fornito ai suoi concetti e ai suoi istituti – sono le stesse caratteristiche del suo movimento, il quale è un movimento interno, fatto di concatenazioni concettuali, che danno alla scienza giuridica il significato di questa sua storicità.

Da questa prospettiva, speculare sulla possibilità della scienza giuridica vuole dire chiedersi *come e da quando* se ne può parlare come di una scienza. Il dibattito sulla generalità del diritto ci deve avere reso evidente una cosa, ovvero che il dibattito era percorso da una sensibilità specifica, derivante dall'esigenza di parlare del diritto come di una scienza confrontandone la scientificità con quella di altri do-

⁶¹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 51. In nota però Cesarini Sforza chiosava che «a volte occorre la creazione di un concetto, o serie di concetti, assolutamente nuovi» (p. 51, n. 1). Possiamo immaginarci che, quando si trovò davanti le istituzioni di Hauriou e Romano o le imprese di Finzi, delle quali abbiamo parlato nel precedente capitolo, egli poté ripensare con una certa soddisfazione a questa sua nota cautelare giovanile.

mini epistemici. L'impostazione del confronto era percepita come nuova, perché nuova era la sottrazione della scienza giuridica dall'ipotesi di una filosofia del diritto che si occupasse di costituirne il fondamento, discutendo e acclarando quali fossero i suoi principi e la sua origine. Resasi autonoma dalla filosofia del diritto, ora toccava alla scienza giuridica lavorare alla propria possibilità, ma come doveva farlo? La scienza giuridica era una scienza nuova, oppure si ricollegava a una «tradizione»?

Se della possibilità della scienza giuridica possiamo parlare in senso logico e in senso storico, Cesarini Sforza precisava che anche la possibilità storica poteva essere avvicinata «in due sensi».

Si può parlar della possibilità di una scienza in due sensi: o riferendosi a una dottrina assolutamente nuova, [...] o dimostrando che la scienza di cui si intende parlare è possibile in quanto già effettivamente esiste [...]. Ma l'invenzione, la creazione *ex novo* di una scienza è cosa pressoché impossibile [...]. È a priori più verosimile che una scienza del diritto come noi qui la intendiamo, scienza pura, cioè della medesima stoffa delle cosiddette (*sic*) scienze naturali, sia sempre esistita [...]. Ma come si spiega che una tal scienza pura possa esser rimasta e possa restare così nascosta da sembrare inesistente?⁶²

Leggendo tra le righe, le insinuazioni di Cesarini Sforza sono chiare: in che senso è possibile la scienza giuridica, nel senso in cui essa ha ricevuto la sua scientificità caratteristica solo da quando se ne è potuto parlare come di una scienza generale, oppure nel senso in cui la *scientia iuris* si è sempre occupata dei fenomeni giuridici? È perché essa si è sistemata attorno allo stato, o perché si è misurata con le altre scienze sociali, che del diritto è stato possibile fare una scienza, oppure la sua scientificità affonda in una tradizione precedente allo stato e alla sociologia? Se così è, perché allora nella storia della scienza giuridica non si è sentito prima il bisogno di rivendicarne il carattere scientifico?

⁶² *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit., p. 413. Un altro nome, insieme a quello di scienza naturale, che, per intenzioni affini, si dava alla scienza giuridica, era «scienza pura», sottolineando doppiamente la necessità della sua autonomia; tuttavia, per Cesarini Sforza, e possiamo capire perché, dopo quanto abbiamo indagato delle sue opinioni, era sempre questione, in ogni caso, di interrogarsi sulla naturalità della scienza.

Con quest'ultimo quesito cesariniano, arriviamo al punto in cui non è più sufficiente fare funzionare i significanti che abbiamo percorso e dobbiamo riprendere il filo della nostra argomentazione, per confrontare la possibilità della scienza giuridica con la storia della sua formazione, una storia che la filosofia del diritto dovrà misurare con la contingenza delle sue direzioni.

Prima che lasciassimo prendere la parola ai significanti cesariniani, avevamo chiesto se è possibile una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico. Dobbiamo ritornare a questa domanda, adesso, per capire se parlare di progresso, distruzione e possibilità della scienza giuridica ci ha aiutato a trovare una risposta.

Abbiamo visto che, per Cesarini Sforza, il campo aperto dalle scienze sociali non era soddisfacente, perché deprimeva l'autonomia della scienza giuridica. In altri termini, aprire il diritto a una sua spiegazione sociologica impediva di notare la generalità raggiunta dalla scienza giuridica. E tuttavia, la coerenza del tentativo di «generalizzare» l'analisi scientifica del diritto esaltava, entro la scienza del diritto pubblico, il ruolo dello stato, con l'ambizione di rivolgersi al fenomeno giuridico *in genere* senza vincolarlo a un fenomeno tra gli altri *nello specifico*. Se la scienza giuridica doveva essere autonoma, non se ne poteva aggirare il progresso: che al fine di sistemare i suoi concetti e i suoi istituti si fosse usato lo stato, non era un fatto che si potesse rimuovere, perché era attraverso questo suo fenomeno che la scienza giuridica si era concepita come generale; ma d'altra parte, progresso per la scienza giuridica significava elaborazione della sua concettualità per rappresentare un ordine di fenomeni, significava lavoro ai suoi concetti e ai suoi istituti per aggiornarne le assegnazioni – e allora viene spontanea la domanda: in che modo lo stato serviva a chiudere la rappresentazione scientifica del diritto? Per capirlo, soccorre la riflessione filosofica. La filosofia del diritto non può considerare il fenomeno giuridico espungendone il progresso, perché l'autonomia della scienza giuridica è la condizione che le è necessaria per interessarsi a un ordine di fenomeni. L'interesse della filosofia per il diritto non è però quello di portarne avanti lei

il progresso, non è quello, cioè, di continuare la scienza giuridica. La filosofia del diritto riporta la scienza giuridica al gesto del suo accesso concettuale alla realtà, il gesto che fa della realtà una natura: considerando i fenomeni come giuridici, la riflessione filosofica non svolge la loro giuridicità, ma mette conto di pensarli senza dare per acquisita questa loro giuridicità. Se la scienza giuridica ha sistemato i suoi fenomeni secondo l'ordine dello stato, la filosofia del diritto ne distrugge la sistemazione per speculare sulle sue diramazioni. La distruzione filosofica della scienza, dunque, chiede al diritto di interrogarsi se la sua statalità giochi a favore della sua possibilità, se continui a adibire la possibilità del suo ordine di fenomeni, e come. Ma non finisce qui: la filosofia del diritto non chiede solo *come* sia possibile la scienza giuridica, ma, interessandosi al suo progresso, la riferisce alla sua storia – e chiede anche *da quando* essa sia (stata) possibile.

Dal modo nel quale la scienza giuridica lavora al suo progresso, corroborando la sua autonomia, abbiamo derivato che la «varietà» dei fenomeni giuridici non può essere un «ostacolo» al loro svolgimento. È una affermazione, quella di Cesarini Sforza, molto più impegnativa di quanto già non sembri: quando una scienza si rivolge all'ordine di fenomeni al quale è dedicata, che cosa c'è di più sicuro di sostenere che la difficoltà della rappresentazione scientifica sia commisurata alla complicazione del suo oggetto? Se è difficile scoprire le regolarità che attraversano un ordine di fenomeni, sarà difficile pure formulare le leggi a regolarlo. Tuttavia, per Cesarini Sforza, l'ovvietà di questa commisurazione mancava di rendere ragione del nesso che una scienza stabilisce tra la sua concettualità e la sua fenomenicità, per il quale un fenomeno può essere giuridico se è previsto dai concetti e dagli istituti giuridici. Così, se anche un fenomeno è nuovo, se anche una nuova serie di fenomeni esige un aggiornamento importante della concettualità giuridica, questa novità non ostacola la scienza, perché anzi, nel dominio epistemico della scienza giuridica, può ritenersi prodotta dalle tensioni che percorrono i concetti e gli istituti giuridici nelle loro relazioni. «Ostacolo», per la scienza giuridica, dev'essere qualcos'altro, ma che cosa? Al di là del pericolo nascosto in ogni tautologia, ostacolo, per la scienza giuridica, è ciò che impedisce il suo progresso.

Ne derivano due conseguenze: (1) se i fenomeni giuridici «variano», si complicano, lo fanno variando e complicando i concetti e gli istituti che rendono possibi-

le definirli giuridici, e, se il progresso della scienza giuridica consiste proprio nell'elaborazione e nell'aggiornamento di questi concetti e istituti, ne viene quindi che la varietà dei suoi fenomeni, potremmo dire la loro pluralità, non può chiamarsi un ostacolo; (2) se il progresso è questo, elaborazione e aggiornamento di una concettualità, della sua capacità di svolgere il nesso con una fenomenicità caratteristica, allora troveremo un ostacolo laddove ci sia qualcosa che impedisce ai concetti e agli istituti giuridici di continuare a descrivere il mondo del diritto, qualcosa che ferma la scienza giuridica nel suo movimento, qualcosa che non le permette di accedere allo sviluppo della sua generalità. E è in presenza di un ostacolo del genere che la riflessione filosofica può intervenire, lavorando con i concetti e gli istituti giuridici per toglierli alla ripetizione che si frappone al loro svolgimento.

Il progresso non è un attributo esterno della scienza giuridica, ma è il tratto che ne definisce la scientificità. Se la scienza non porta avanti le sue assegnazioni, non possiamo più parlarne come di un discorso scientifico. In quanto il suo progresso incontra degli ostacoli, una scienza non è una scienza. Si capisce perché la filosofia del diritto si interessi della scienza giuridica pensando il progresso dei suoi concetti e istituti: senza di questo, non avrebbe la definizione di un ordine di fenomeni a renderla filosofia *del diritto*. E si capisce il senso della complicità tra la scienza giuridica e la filosofia del diritto: se la scienza giuridica smette di essere una scienza, viene smarrita anche l'opportunità di una speculazione filosofica sul diritto. Ecco perché, distruggendo la scienza giuridica, la filosofia del diritto sta in effetti pensando la sua possibilità, perché richiama le forme del diritto alla ragione della loro formazione, senza lasciarle inserite una volta per tutte entro una certa sistemazione. La scienza del diritto pubblico ha sistemato il diritto intorno allo stato e a seguirne, ma è una sistemazione definitiva? È questa la sistemazione che per la prima volta permette di parlare del diritto come di una scienza? Lo stato è l'unica «possibilità», quando si vogliono osservare i fenomeni giuridici, cioè quando si voglia considerare la scienza giuridica come una scienza naturale? Quali sono le conseguenze di questa impostazione teorica? La generalità alla quale accede è davvero generale? E riesce a fare i conti con la varietà dei fenomeni giuridici?

Se distrugge la scienza giuridica, la filosofia del diritto lo fa solo per riaprirne la possibilità e rinegoziarla: sistemata la scienza giuridica a partire dallo stato, questo assume una sua caratteristica necessità – e la filosofia del diritto si limita a riportare questa necessità all'altezza della sua possibilità di affermarsi. Per farlo, essa sprofonda la scienza giuridica nel suo progresso, inteso, stavolta, come la sua storia: una tradizione, come quella giuridica, che è un archivio di problemi e soluzioni dalla difficile consultazione, ma che consente sempre di non distinguere tra una sistemazione e il processo che l'ha resa necessaria, tra una conformazione dei concetti e degli istituti giuridici e la loro concatenazione concettuale. La difficoltà di esplorare la storia della *scientia iuris*, del resto, verrà meno, non appena la filosofia del diritto avrà pensato fino in fondo la sistemazione statalistica della scienza giuridica.

In breve rispondiamo negativamente, progresso, distruzione e possibilità, questi tre significanti cesariniani non rispondono alla domanda se è possibile una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico – e forse non ci dovevamo attendere altrimenti, visto il grado di speculazione del discorso; tuttavia, essi ci servono a porre la domanda in modo tale che sia lecito aspettarci una risposta, perché ne chiariscono la posta in gioco e ci consentono di avere una traccia da seguire, ora, nella ricostruzione storica del movimento della scienza giuridica. La posta in gioco, quando discutiamo della generalità del diritto, è semplicemente la scientificità della scienza giuridica. Se scienza giuridica generale è una scienza del diritto pubblico, è legittimo chiedere qual è il significato della riconduzione dei fenomeni giuridici allo stato e quali ne sono le conseguenze, nei termini della rappresentazione scientifica del mondo del diritto: che cosa viene incluso, che cosa viene escluso, come e da quando. Se troveremo che la scienza del diritto pubblico c'impedisce la considerazione dei fenomeni giuridici *in genere*, allora non solo potremo dire che non le si addice l'aggettivo di generale, ma anche che non le si addice il nome di scienza. Se poi, nel dominio epistemico della scienza giuridica, s'insisterà lo stesso sulla generalità di questa, sostenendo che tutto quanto il diritto debba essere rappresentato a partire e a seguire dallo stato, potremo affermare che, di scientifico, il diritto non avrà ormai niente.

Potremmo accettare questo risultato senza farcene turbare: il diritto non è una scienza, è poi tanto grave? Forse sí, se pensiamo che denegarne la possibilità significa inibirne il progresso, cioè lasciare i concetti e gli istituti giuridici alla loro ripetizione invariata in un circolo dell'oggettività e della definizione, e accettare che il diritto non disponga di un movimento che aggiorna i suoi concetti e istituti. La cosa che possiamo fare, almeno, e è proprio ciò che faremo ora, è figurarci questo movimento, vedere dove ci porta, rappresentarcene la sistemazione e capirne i limiti; infine, lo inseriremo nella sua storia secondo le esigenze che il pensiero scientifico manifestava all'altezza della scienza del diritto pubblico. Ciò che cerchiamo è un'obliquità di riferimento, ottenibile dalla lateralità della filosofia del diritto e ragguardevole nella sua ambizione, che era quella di suggerire alla scienza giuridica di non dare per definitiva la sua sistemazione, di non affezionarsi a ciò che aveva acquisito, di non finire di dire il diritto.

Una prospettiva immaginaria: il movimento della scienza giuridica

«La scienza del diritto è una delle piú antiche»⁶³, ma come possiamo avere a che fare con questa sua antichità? Non dobbiamo pensare che siccome il terreno dello scontro nel dibattito sulla generalità giuridica era quello di una scienza generale, esso non avesse effetto (e talvolta luogo) nella dimensione della particolarità delle discipline che si rivolgevano a un solo aspetto del mondo del diritto.

Una scienza come quella giuridica non ha il lusso di appartarsi nella sua antichità, perché la sua autonomia ne richiede il progresso, ma nemmeno può metterla da parte, perché la sua antichità configura una storia divenuta tradizione: in diritto, i concetti e gli istituti tradizionali non possono essere ritenuti perciò stesso desueti e il progresso della scienza giuridica non porta senz'altro al loro abbandono, sostituendoli una volta per tutte. Se ritornandoci, però, la scienza giuridica ne elabora le assegnazioni, un qualche loro aggiornamento è possibile, abbastanza acuto da rendere irriconoscibile un concetto o un istituto agli opposti capi dei punti di flesso della sua storia, ma non acuto abbastanza da rendere impercettibile la sua continuità nel cambiamento. Ogni tanto, delle sue assegnazioni precedenti un concetto o un istituto conserva solo il nome, ma spesso questo è sufficiente a rintracciare i vincoli teorici, positivi e negativi, che il diritto pone alla sua evoluzione.

⁶³ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 241.

Per pensare l'antichità della scienza giuridica, ci serve una euristica a guidarcene l'esplorazione. Ci manca ancora di notare che, a tutta prima, non ci è chiara fino in fondo l'esigenza di richiamare il diritto alla sua storia. Questa esigenza ci si chiarirà solamente a contatto con la sistemazione stalistica della scienza del diritto pubblico che, andando a chiudere la rappresentazione scientifica dei fenomeni giuridici, permetteva di raffigurarsene, o di pretenderne, la generalità. Alla domanda che abbiamo posto in questo capitolo, andiamo a rispondere innanzitutto *negativamente*: non solo non possiamo, ma non dobbiamo pensare la possibilità di una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico, una scienza che, con la sua fissazione sullo stato, intendeva rivolgersi ai fenomeni giuridici *in genere*.

È da questa risposta negativa che, per Cesarini Sforza, occorreva partire per ottenere un'idea del movimento della scienza giuridica nella sua caratteristica di dominio epistemico. Occorreva partire, cioè, ricostruendo il processo generativo del «concetto del diritto» nella sua generalità: è in questa ricostruzione che consiste il primo esercizio della riflessione filosofica, che così rende conto della singolarità di approccio alla storia attribuibile alla scienza giuridica all'altezza della scienza del diritto pubblico. Se la filosofia del diritto deve richiamare il diritto alla storia, deve prima considerare che il pensiero scientifico ha sviluppato un concetto della storia; perciò anche qui la riflessione filosofica è, soprattutto, un attraversamento della concettualità scientifica.

«Dei concetti scientifici – scriveva Cesarini Sforza – si può fare in un certo senso la storia»⁶⁴. Era *in un certo senso* che della scienza giuridica possiamo fare la storia, perché questa non sarà la narrazione spassionata, il resoconto disinteressato del suo progresso. Lasciamo da parte, umilmente, l'illusione di consultare l'archivio giuridico senza scorta, per così dire, e convinciamoci che, se potremo rivolgerci al diritto nella sua generalità, che è anche la generalità della sua storia, sarà a ragione e a motivo della sua sistemazione stalistica, e grazie a essa.

Lo stato ordinava i fenomeni giuridici, li dirigeva verso un unico punto di fuga, serviva al loro inquadramento – e così permetteva di pensare il «concetto del drit-

⁶⁴ *Il concetto del diritto*, cit., p. 11.

to». Abbiamo già usato questa espressione, colpevolmente senza spiegarla, ma essa si riferisce semplicemente a ciò che abbiamo chiamato la «generalità» giuridica: una misura generale dei fenomeni giuridici, che Cesarini Sforza chiamava anche la «legge della giuridicità».

Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale fu un tentativo di affondare nella generalità giuridica (nel lessico cesariniano, giovanile e oggi *démodé*, spinto da una ricercatezza ancora incerta, l'«integralità» giuridica) per descriverne il movimento, che si svolgeva secondo le fasi che il «concetto del diritto» attraversa nella sua storia. Questo movimento, lo vedremo ora, si articola per tre momenti: un primo, quando una regolarità assume forza obbligatoria; un secondo, quando regolarità diverse concorrono l'una con l'altra; e un terzo, quando una regolarità di ordine superiore si impone e possiamo parlare di sovranità. È dal punto di vista di questo terzo momento, quello dell'affermazione di un ordine sovrano, che la scienza giuridica (si) rappresenta il diritto, intendendo i primi due come un avviamento alla considerazione dei fenomeni giuridici *in genere*.

La legge della giuridicità – scriveva Cesarini Sforza – determina una volta per sempre un certo rapporto costante fra gli elementi della regolarità obbligatoria, della giustapposizione delle regolarità, della sovranità sociale, e il giurista rintraccia, fra la congerie dei fatti osservabili, quei dati nei quali e a proposito dei quali può riscontrare la riproduzione di tal rapporto, e li denomina «giuridici».⁶⁵

L'andamento dei tre momenti che Cesarini Sforza precisava per il concetto del diritto, per la «legge della giuridicità», ci dà un'idea di quale sia la storia nella quale immergere il diritto: prima, una regolarità si afferma a regolare i comportamenti individuali; poi, diverse regolarità di comportamento concorrono tra loro; infine, emerge un ordine che si presuppone di regolare le regolarità in concorrenza e che perciò diciamo sovrano. Tra questi tre momenti la scienza giuridica trova un «rapporto costante» – una unità di sbilanciamento dalla parte della sovranità prodotta in tale rapporto. Ciò vale a dire che la scienza giuridica si sbilancia verso lo stato, ne coglie la sovranità e la descrive come la composizione delle regolarità stabilite

⁶⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 46.

e concorrenti, per tratteggiare il significato di quel che, da regolare, diventa obbligatorio. Interviene la figura del giurista a chiamare diritto, cioè a definire giuridici, quei fenomeni che ben si attagliano alla progressione del concetto del diritto dalla regolarità all'obbligatorietà, ovvero alla sovranità. Ma si capisce che, quando parlavamo di un nesso tra la concettualità e la fenomenicità del diritto, intendevamo che l'intervento del giurista a rappresentare scientificamente la natura del diritto non è senza conseguenze per quest'ultimo, perché è la scienza giuridica che definisce un certo ordine di fenomeni in quanto giuridico. Quando parliamo della storia del diritto, allora, non la possiamo distaccare dalla storia della scienza giuridica, dal suo progresso. E però abbiamo affermato che questo progresso è un movimento interno, attento alle sue concatenazioni concettuali e affezionato ai concetti e istituti che elabora e aggiorna. Neanche questo fatto è senza conseguenze, perché significa che possiamo presumere che la scienza giuridica lavori ai suoi concetti e ai suoi istituti evitandone l'avvicendamento, tanto che, per dirla con Yan Thomas, la loro logica potrà avere effetto nella «lunghissima durata»⁶⁶. Perciò, se la sovranità è, da una parte, il fenomeno che permette di ripercorrere la storia del diritto, è vero anche che, dall'altra, la storia della scienza giuridica contiene l'ipotesi di una tradizione risalente, dove possiamo trovare concetti e istituti sganciati dallo stato, inteso dalla sistemazione statalistica della scienza del diritto pubblico nella sua affermazione e conformazione moderna. Ora, se una storia si fa tradizione, non può che generare distorsioni, straniamenti, perversioni, in una parola problemi – e infatti, figurandosi il progresso della scienza giuridica come un movimento che elabora e aggiorna le assegnazioni dei concetti e degli istituti giuridici *senza rimuoverli*, Cesarini Sforza arrivava a una delle sue dichiarazioni più problematiche:

essendo la prima sistemazione di (*sic*) concetti giuridici avvenuta a proposito dei fenomeni giuridici del popolo romano, la scienza del diritto ha sempre recato, e recherà sempre con sé, più o meno attenuata, l'impronta romanistica.⁶⁷

⁶⁶ Y. THOMAS, *L'artificio delle istituzioni*, 1999, in ID., *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata 2022², p. 72.

⁶⁷ *Il concetto del diritto*, cit., p. 47.

Se la tradizione giuridica è risalente, essa risale a Roma. Quando parliamo di un nesso tra la concettualità e la fenomenicità del diritto, ci dobbiamo abituare a schivare la facilità di una concezione ingenua della determinazione storica. Non si tratta di associare una volta per tutte un concetto o un istituto ai fenomeni che è usato per descrivere: per farlo, dovremmo ottenere una rappresentazione del diritto che trova nella sua storia una costanza di avvicendamento concettuale, mano a mano che i fenomeni cambiano; ma non è questa la rappresentazione del diritto che la scienza giuridica si è formata, anzi una tale rappresentazione nasconderebbe che la scienza giuridica ha fatto un uso consistente di concetti e istituti «vecchi» per rappresentare fenomeni «nuovi». Va detto però che, per ingenuo che sia, concepire la determinazione storica come una relazione punto per punto tra una concettualità e una fenomenicità ha il vantaggio di stabilire un programma al quale ricorrere quando dobbiamo rivolgerci a un concetto o a un istituto in sede storica: per ogni concetto o istituto, trova i fenomeni che in un momento determinato gli danno occasione di prodursi. Dismettere questo approccio, invece, lascia in bocca un sapore di spaesamento: che cosa significa riferire un concetto o un istituto alla sua storia? Che cosa determina il progresso della scienza giuridica? Perché, affatto, essa progredisce? E poi, se la sua storia è diventata tradizione, perché essa risale al diritto romano? Perché, tra le molte risalenze, è all'«impronta romanistica» del diritto che dobbiamo dedicarci?

Come ci si può immaginare, queste domande hanno tante risposte, ma ciò che ci interessa è capire quelle che ha dato la scienza giuridica quando ha voluto chiamarsi scienza generale. Prima, dicevamo che, se alla fine dell'ottocento la scienza giuridica è diventata scienza del diritto pubblico, se ciò ha comportato l'insorgere di un dibattito intorno alla generalità del diritto, d'altra parte questo non significa che non ci fossero discipline giuridiche particolari coinvolte nella discussione. Anche qui i riferimenti sono molti, diritto costituzionale e amministrativo in testa⁶⁸,

⁶⁸ Diciamo diritto costituzionale e amministrativo pensando, in Italia, alla sistemazione iniziata alla scuola di Orlando (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze 1889; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, Firenze 1891), che ha lasciato traccia nella fondazione, nel 1891, dell'*Archivio di diritto pubblico* (dal 1897 *Rivista di diritto pubblico*) e nell'ideazione e direzione del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 10 voll., Società Editrice Libreria, Milano 1900-1915. Diritto costituzionale e di-

ma è altrettanto evidente il coinvolgimento della romanistica, un coinvolgimento che inizia in Germania, se pensiamo che lo storicismo e la pandettistica furono studi di diritto romano, e ha tutte le caratteristiche per essere ritenuto dirimente al fine di rendere possibile una scienza giuridica generale, se pensiamo a quale ruolo ha svolto lo storicismo savignyiano nell'apertura del dominio epistemico occupato dalla scienza del diritto pubblico. È un coinvolgimento, poi, quello della romanistica, che in Italia trova un modo simile di intrecciarsi al dibattito sulla generalità giuridica: a fine ottocento, le figure del giurista e del romanista si confondevano e gli studi di diritto romano influenzavano la scienza giuridica, tanto quanto ne erano influenzati. Se la civilistica ottocentesca deve tanto ai codici, che dal napoleonico in poi dettero impulso a una trasformazione del modo di concepire il diritto, non deve meno allo *ius civile*, del quale si rinnovavano i metodi di studio, interrogandosi su che cosa volesse dire fare scienza del diritto *in genere*. In Italia, inoltre, ricordiamo che rivolgersi al diritto romano aveva il significato addizionale di risuonare con diffusi sentimenti risorgimentali⁶⁹. Come vedremo meglio nel seguito, la romanistica incrociava spesso i motivi del dibattito sulla scienza giuridica generale, venendo chiamata anche a fornire concetti e istituti romani per il diritto di allora. Se lo faceva, però, doveva dare luogo a una difficoltà, tenendo a mente che generale stava diventando la scienza del diritto pubblico: questa era la difficoltà di costruire una scienza a partire e a seguire dallo stato, concepito attraverso la

ritto amministrativo, e il diritto pubblico che serviva a contenerli, avevano forti tendenze alla generalità, e queste influenzavano i loro argomenti particolari. Cfr. M. FIORAVANTI, *Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica e le sue prime riviste (1891-1903)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16, 1987, pp. 209-283.

⁶⁹ La bibliografia sulla «parabola» della romanistica italiana dall'unità alla seconda guerra mondiale è vasta. Qui, ci limitiamo a rimandare al denso A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990. Sugli intrecci tra le discipline particolari, tra le quali la romanistica, nella formazione di una scienza giuridica generale, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano 2000. Pensato intorno a due figure cardine del diritto civile italiano, ma utile per inquadrare i destini della romanistica in genere, cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2013. Senza timore di smentita, infine, possiamo affermare che l'indagine più profonda sulla romanistica come terreno di scontro delle linee di tendenza di una nascente scienza giuridica generale rimanga quella di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna 1987.

logica moderna dell'autorizzazione, mediante l'impiego di concetti e istituti usati, sí, per pensarlo, ma adattati a un contesto, come era quello romano, che ignorava la razionalità che serve per riuscire a dire «sovrano».

Quando Cesarini Sforza parlava dell'«impronta romanistica» della scienza giuridica, aveva in mente questa difficoltà. Noi, per parte nostra, dovremo restituirla, farla funzionare. Per farlo, non si tratterà di limitarci a registrare lo scarto temporale tra antichità e modernità, che non è, di per sé, decisivo: affermare che il contesto sociale era diverso, a Roma e a Berlino, nella Roma repubblicana o imperiale e nella Roma risorgimentale o postunitaria, ci porterebbe solo fino a un certo punto. Non dovremo fermarci, nemmeno, al riconoscimento dell'impiego dei concetti e degli istituti di diritto romano nella conformazione generale della scienza giuridica: la somiglianza potrebbe essere superficiale, senza pesare sulla sistemazione statalistica del diritto. Sarà opportuno, piuttosto, capire la concomitanza di particolarità e generalità che troviamo in una disciplina come la romanistica, capire che soltanto da questa concomitanza possiamo derivare la scelta di rivolgersi al diritto romano: che la scienza giuridica avesse una impronta romanistica, per Cesarini Sforza, derivava dall'impegno epistemologico a elaborare i suoi concetti e istituti – e quindi è su questo terreno che dovremo affrontare il peso della tradizione su una scienza che, pur dichiarando: «*Keine Philosophie mehr!*»⁷⁰, non si era con ciò disfatta della propria antichità.

Prima di vedere meglio come la romanistica rientri nel nostro discorso, dobbiamo interessarci alla restituzione cesariniana del contenuto della sistemazione statalistica del diritto, perché, sebbene abbiamo ristretto la tradizione giuridica al diritto romano, abbiamo per le mani un riferimento comunque troppo vasto perché ci sia utile. Questo ci darà l'occasione di fermare la struttura di un lavoro come *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, dal quale finora abbiamo tratto in ordine sparso senza restituirne l'ossatura.

⁷⁰ Con questo motto sintetizzava l'impostazione della scuola storica B. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, cit., p. 4.

Nel libro del 1913, Cesarini Sforza si accinse a trovare quel «rapporto costante», che forma il contenuto del concetto del diritto e che il giurista ricerca nei fenomeni per definirli giuridici. Dobbiamo rammentare ciò che egli ci ha detto sulla concettualità che interessa il diritto: è il giurista che ricerca quel rapporto, e quanto vale per i concetti e gli istituti giuridici, cioè che essi sono *scientifici*, vale a maggior ragione per il concetto del diritto: questo è un concetto scientifico, un concetto definito dalla scienza giuridica⁷¹.

Andando a specificare il contenuto del suo movimento, perciò, Cesarini Sforza lasciava che fosse la scienza giuridica a parlare, esponendone il «punto di vista» e, per farlo, descrivendone la progressione:

il concetto del diritto diventa un vero e proprio concetto scientifico quando si perviene a ricostruirne, per così dire, la genealogia, o a ripercorrere la via che ha portato alla sintesi in esso contenuta. *Dentro il concetto si scopre allora un concatenamento fisso tra i suoi elementi costitutivi*, ciascuno dei quali corrisponde a un grado dell'approssimazione generalizzatrice: e questo concatenamento assume la forma di un rapporto di valore assoluto, tale cioè che alterarlo nei suoi termini significherebbe distruggerlo.⁷²

Concepire il concetto del diritto significa restituire la storia della sua formazione, farne una «genealogia» – per quanto, ancora, solo «per così dire», perché la logica ricercata non sarà di per sé storica, ma sarà meglio quella scientifica, che al netto di ogni inesattezza viene pure in effetto quando si deve definire un fenomeno giuridico. Il primo modo per avvicinare il concetto del diritto è, dunque, quello di ripercorrerlo a partire dall'inizio.

«L'analisi del concetto del diritto, com'è formulato dal pensiero riflesso – scriveva Cesarini Sforza –, dimostra che esso risulta dalla combinazione necessaria di tre elementi»⁷³ – o, per meglio dire, di tre astrazioni successive: *costume, società*

⁷¹ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., pp. 113-114: «il concetto del diritto è il concetto giuridico per eccellenza» e pp. 116-117: «la giurisprudenza integrale si risolve nel *sistema di tutti i possibili concetti giuridici*, dato che questi esprimono [...] i fenomeni giuridici e le loro uniformità» (corsivo nel testo).

⁷² *Il concetto del diritto*, cit., p. 16 (corsivo nel testo).

⁷³ *Il concetto del diritto*, cit., p. 17. In questo passo, il «pensiero riflesso» è la scienza, che si muove su un piano empirico o intellettualistico.

e *diritto*, che si articolano a formare il concetto dell'ultimo. Sono delle astrazioni perché, fin dall'inizio, il pensiero scientifico ha a che fare con la ricerca di una regolarità che può sistemare: nel costume, astratta è la volizione che si completa con un'azione empirica, secondo un lessico con il quale abbiamo ormai familiarità e che ci indica che alcuni comportamenti assumono carattere «tipico»; nella società, astratta è la «regola» dell'interdipendenza dei rapporti tra gli individui nei diversi «sistemi» entro i quali i loro comportamenti si differenziano; nel diritto, infine, astratta è la definizione giuridica, tra le molte regolarità disponibili, di alcuni rapporti che le istanziano.

I tre momenti dello svolgimento del concetto del diritto indicano in successione tre declinazioni di che cosa debba ritenersi obbligatorio: nel costume, obbligatorio è il legame tra una volizione astratta e un'azione empirica, l'idea che un comportamento è regolare se ripete uno schema verificato; nella società, obbligatoria è l'interdipendenza tra i comportamenti regolari che sono messi in rapporto; nel diritto, obbligatoria è la regolarità che viene definita come giuridica. Lo svolgimento del concetto del diritto permette di collegare regolarità e obbligatorietà secondo un circuito che rilancia il proprio significato, momento dopo momento, ma che, fin dal primo, affronta la regolarità dei comportamenti in quanto questa è obbligatoria, indice che la riflessione cesariniana era ancorata al «punto di vista» scientifico⁷⁴.

Per non restare ulteriormente sulle generali, vediamo il collegamento tra la regolarità e l'obbligatorietà funzionare già nel primo momento del concetto del diritto, che Cesarini Sforza chiamava il momento del «*costume obbligatorio*»⁷⁵.

⁷⁴ C'è qualcosa prima del primo momento del concetto del diritto? La domanda ha soltanto un senso speculativo ma, se ricordiamo la descrizione delle azioni individuali contenuta nei *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, che abbiamo trattato nel capitolo precedente, ecco che è la volontà da esse realizzata che dobbiamo premettere, per così dire, alla progressione dei concetti e degli istituti giuridici. Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 17: «nella fase dell'attività pratica pura non ha luogo il fatto dell'obbligazione, essendo la volontà *ut sic* potenza spontanea e libera, sí che la sua positività, o effettivo prodursi, coincide con la sua necessità, e non può esser concepita come dovere, bensí soltanto come *potere*» (corsivo nel testo). La «volontà *ut sic*» di qui è la stessa «potenza che domina la realtà di fatto, per crearne una nuova» che abbiamo incontrato qualche tempo addietro nei *Principi filosofici*, cit., p. 41.

⁷⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 17 (corsivo nel testo).

Abbiamo una composizione per così dire modulare e ripetibile dei comportamenti, che sono regolari perché implicano una relazione tra una volizione astratta e un'azione empirica («una relazione aperta, che aspetta di essere chiusa mediante il termine conseguente»⁷⁶) e obbligatori in quanto si propongono alla ripetizione, che deve seguirne lo schema per non perderne la regolarità. Qui, l'obbligatorietà resta vicina alla regolarità e, per quanto astratto, il piano del discorso rimane legato ai comportamenti individuali:

ciò che si chiama *obbligazione* non è altro che l'indicazione metaforica di quel nesso necessario (legame) fra due termini – che in realtà sono uno solo – a cui si riduce il *consentimento* dello spirito in quanto agisce empiricamente – con sé medesimo in quanto vuole astrattamente. E meglio che di consentimento potrebbe parlarsi di *adesione*.⁷⁷

Se un individuo è obbligato secondo costume, diciamo che lo sia poiché consente al legame tra una volizione astratta e un'azione empirica e aderisce alla regolarità che quello propone. Vale lo stesso quando si consideri un certo numero di individui. Registriamo un acuirsi della forma dell'obbligazione, che però non ne modifica la sostanza:

fondendosi con quello della socialità, il fatto dell'obbligatorietà assume un carattere di maggior precisione e consistenza. [...] l'obbligazione diventa più sensibile, il legame è sentito come più forte. [...] da una parte si pone l'agire convenzionale, regolare, espressione della vita sociale esteriore, dall'altra l'agire arbitrario, spontaneo, espressione della vita interiore morale.⁷⁸

La «socialità» è un reagente scientifico, si potrebbe dire, che aumenta le probabilità di ottenere un comportamento regolare, cioè ne aumenta la ripetibilità. Tuttavia, se diciamo obbligatorio il costume, lo facciamo ancora perché questo insiste su schemi ai quali gli individui devono comunque consentire o aderire. Gli indivi-

⁷⁶ *Il concetto del diritto*, cit., p. 18. Vedi il passo dei *Principi filosofici* di cui gli estremi *supra*, cap. 1, n. 202.

⁷⁷ *Il concetto del diritto*, cit., p. 18 (corsivo nel testo).

⁷⁸ *Il concetto del diritto*, cit., p. 21.

dui sfruttano il legame tra una volizione astratta e un'azione empirica, la sua «tipicità», per indirizzarsi verso certi scopi – e l'individuazione di questi stessi scopi per le loro azioni, che ne diventano i mezzi, è condizione dell'obbligatorietà risultante. Nondimeno, che essi consentano o aderiscano a comportarsi regolarmente allontana gli individui dalla loro individualità, introducendo una schisi che permette di pensarli come i destinatari di una coazione. Il costume obbligatorio consiste proprio in questo, in una «attività socialmente regolare e culminante nel fatto della coazione»⁷⁹. Cesarini Sforza è quindi pronto a passare al secondo momento del concetto del diritto, il momento del «*rapporto fra diritto e dovere*»⁸⁰. Se ci è sembrato che i rapporti tra gli individui venissero in questione fino dal costume obbligatorio, è solamente ora che pesano sull'obbligatorietà, cambiandone l'assegnazione. Qui non parliamo della «socialità», ma della «società», ottenendo «l'aggruppamento delle singole attività socialmente regolari in *sistemi discreti*»⁸¹.

Obbligati dal costume a agire regolarmente, gli individui erano sempre il principale ordine di considerazione, venendo osservati in una socialità senza contorni precisi e definiti. Il passaggio alla società comporta, ora, un cambio di piani. Viene espunta la distinzione tra l'«agire convenzionale» e l'«agire arbitrario» propria del costume obbligatorio, che confrontava lo spazio della convenzionalità, che è esteriore, con lo spazio della spontaneità, che è interiore⁸². La società si organizza e passiamo al secondo momento del concetto del diritto, dove gli individui perdono il contatto diretto con la regolarità, che diventa di un altro ordine e grado e si riferisce non a loro, ma ai «sistemi» ai quali appartengono:

ciascuna attività è regolare in funzione dell'interdipendenza. Così l'astrazione del «sistema» produce una nuova *forma* di regolarità sociale, o di «socialità», o di «costume», sovrapposta alla fondamentale.⁸³

⁷⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 24.

⁸⁰ *Ibidem* (corsivo nel testo).

⁸¹ *Ibidem* (corsivo nel testo).

⁸² Del resto la distinzione, per Cesarini Sforza, era sempre stata posticcia: la si doveva alla reazione provocata dalla «socialità», che acuisce l'influenza obbligatoria della regolarità sugli individui, senza però togliergli di consentire o aderire a una «tipicità».

⁸³ *Il concetto del diritto*, cit., p. 26 (corsivo nel testo). Più per esteso alla precedente p. 25: «Ogni comportamento sociale [...] può venire pensato o in sé stesso, come regolarità sin-

I «sistemi» che caratterizzano il secondo momento del concetto del diritto sono il risultato della messa in relazione di due o più «attività socialmente regolari», attività che sono regolari in forza della coazione scoperta nel momento del costume obbligatorio, ma che ora, composte insieme variamente, hanno per obbligatorio il loro stesso rapporto, sancito dalla forma delle relazioni tra individui che definisce il sistema al quale appartengono. Regolare, allora, non è il comportamento di un individuo, che vuole astrattamente e agisce empiricamente, ma il comportamento messo in una relazione precisata e definita con un altro comportamento, la regolarità del quale insiste sul primo e lo porta a conformarsi a esso. L'assenza di tale conformità, infatti, negherebbe l'appartenenza di un individuo, e del suo comportamento, al sistema osservato.

Siamo di fronte a un'obbligazione che non è l'«indicazione metaforica» del consentimento o della adesione di un individuo al legame tra una volizione astratta e una azione empirica, ma si gioca nel rapporto tra l'attività di un individuo e quella di un altro. Le attività osservate sono tutte regolari, ma a seguito della loro resa in sistema alcune acquisiscono una corrispondenza reciproca: osservando la regolarità dei comportamenti, ciò che salta all'occhio non è la contrapposizione tra la

gola, o in quanto fa parte di un "sistema", come *regolarità relativa e connessa ad altre regolarità*, alla stessa guisa che una forza può pensarsi o in sé o entro un sistema di forze. "Sistema" è un raggruppamento di due o più attività, in ragione della loro interdipendenza fissata secondo un certo criterio. Ma è chiaro che la determinazione di questo non può non essere empirica, e non aver per risultato un'astrazione [...]. Ora questa astrazione porta a concepire una nuova "regolarità" sovrapposta a quella propria dei singoli elementi del sistema: in altre parole, non si tratta più di due, o parecchie, regolarità in rapporto fra loro *come tali*, bensì si considera una sola regolarità superiore, quella della relazione di interdipendenza, che vien fissata mediante la definizione del sistema» (corsivo nel testo). Per capire meglio l'uso da parte di Cesarini Sforza di questa parola, «sistema», non va sottovalutato il riferimento al «sistema di forze», un riferimento esplicito alla fisica che va compreso alla luce della naturalità della scienza giuridica, che apriva a riferimenti analogici di questo genere. Altrettanto «fisico» è il discorso sull'empiricità dell'«interdipendenza fissata secondo un certo criterio», che lascia intendere che, se due o più attività fanno sistema, non è perché tra queste corra un nesso sostanziale, ma perché quel criterio viene costruito e adattato a esse: qui, l'appoggio alla fisica vale nel senso in cui lo stabilimento di un sistema di riferimento quando si rappresenta l'interazione tra forze è arbitrario e può variare.

loro convenzionalità e la loro spontaneità, ma l'obbligo che questa loro regolarità implica per altri comportamenti. Il motivo è che la regolarità del costume è stata sussunta alla regolarità dei sistemi, una regolarità, questa, che non si esaurisce nel comportamento individuale, ma propone una determinata conformazione dei rapporti tra gli individui.

La norma che fissa la regolarità di un «sistema» apparisce (*sic*) quindi come fonte insieme di una regolarità e di un obbligo. [...] l'obbligatorietà [...] diventa attributo di un comportamento, in contrapposizione alla semplice regolarità di un altro comportamento, quando questo o quello vengono giustapposti in un sistema di interdipendenza, la regolarità della quale viene considerata, rispetto al secondo, da un punto di vista soggettivo, e, rispetto al primo, da un punto di vista oggettivo.⁸⁴

Capiamo perché Cesarini Sforza chiamasse questo secondo momento del concetto del diritto il momento del rapporto fra diritto e dovere: per essere regolare, un sistema sceglie alcuni comportamenti e li tutela, predisponendo degli obblighi per gli individui che entrano in rapporto con quelli che esprimono i comportamenti tutelati. Avviene, perciò, che gli individui si comportino secondo una regolarità che ha ancora la forma del costume obbligatorio, benché ora diciamo che essi godono di un «diritto», mentre gli individui con i quali entrano in rapporto sono obbligati al rispetto della regolarità di quei comportamenti – in altre parole, gli viene assegnato conformemente un obbligo, ovvero un «dovere». Il rapporto fra diritto e dovere, allora, è un rapporto tra due comportamenti; lo si definisce come una «collaborazione o coincidenza o conformità di due comportamenti regolari, fissata, secondo un criterio empirico, tra le varie collaborazioni, coincidenze, o conformità di cui questi comportamenti sono suscettibili»⁸⁵.

La regolarità e l'obbligatorietà sono vicine, nel costume obbligatorio, e la loro vicinanza ha il senso di tenere unite le figure di chi si comporta regolarmente e di chi ha l'obbligazione di comportarsi in un certo modo. Nel rapporto fra diritto e

⁸⁴ *Il concetto del diritto*, cit., pp. 26-27 (corsivo nel testo). La norma a fissare la regolarità di un sistema non ha niente di «normativistico», non è cioè una norma «formulata».

⁸⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 28.

dovere questa unità viene esplosa, superata, in primo luogo, dall'individuazione di una regolarità di ordine superiore, la regolarità dei sistemi che mettono in relazione i comportamenti tra loro, e, in secondo luogo, dalla separazione, entro questi sistemi, di chi si comporta regolarmente da chi riceve una obbligazione. Troviamo quindi che i sistemi propongono una regolarità di relazione tra i comportamenti, una proposta arbitraria che non presuppone di esaurire i rapporti possibili e immaginabili, e che la loro regolarità si distingue in un suo aspetto *soggettivo*, quello di chi gode di un diritto, e in un suo aspetto *oggettivo*, quello di chi si vede assegnato un dovere: è il dovere poi che nel secondo momento del concetto del diritto espone il nome locale dell'obbligatorietà – lo possiamo chiamare infatti un *obbligo*, in giustapposizione a quello che prende di consueto il nome di *diritto soggettivo*, e in conformità con esso.

Abbiamo tutti gli elementi che ci servono per passare al terzo e ultimo momento del concetto del diritto, il momento della «attività giuridica»⁸⁶. Abbiamo ottenuto finora che le «attività socialmente regolari» siano aggregate in sistemi, che definiscono come diritti alcuni comportamenti, tutelando la regolarità della loro realizzazione, rispetto a altri comportamenti, tenuti al rispetto di detta regolarità per via di un obbligo corrispondente, sancito, insieme alla sua tutela, dal sistema considerato. Ma l'arbitrarietà che caratterizza i sistemi, la loro discrezione, pone il problema ulteriore dei rapporti tra un sistema e l'altro: in caso di conflitto, o di «concorrenza», come Cesarini Sforza preferiva esprimersi⁸⁷, a quale sistema bisognerà riferirsi come a quello che si impegna affinché le attività tutelate siano giuridiche? L'unico criterio possibile è la sovranità, che permette la «differenziazione», ovvero la piena formazione, del concetto del diritto.

Il criterio per la definitiva differenziazione del concetto del diritto – scriveva Cesarini Sforza – consiste nel porre in rilievo, fra i vari sistemi di regolarità, quello che corrisponde al sistema o *ambiente sociale* superiore, o più importante, o *sovrano*; onde vengon dette giu-

⁸⁶ *Il concetto del diritto*, cit., p. 30 (corsivo nel testo).

⁸⁷ In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, il secondo momento nella progressione del concetto del diritto viene chiamato anche il momento dei «*sistemi di concorrenza*» (*Il concetto del diritto*, cit., p. 34, corsivo nel testo), sottolineando che, quando si considera la società, si deve restituirne il carattere eterogeneo.

ridiche le attività pratiche la cui giustapposizione rientra nel sistema di quelle regolarità che vengono considerate come costitutive dell'*ambiente sociale sovrano*. Nulla di più empirico di questo criterio, ma nulla, al tempo stesso, di più indispensabile per la conoscenza scientifica del diritto.⁸⁸

Per parlare di diritto, non basta parlare di una obbligatorietà qualsiasi. La scienza giuridica si può dire formata a partire da quando, tra i vari sistemi o ambienti sociali che propongono la «giustapposizione» delle attività, uno di questi sia sovrano, cioè si impegni a stabilizzare l'arbitrarietà di definizione caratteristica di ogni ordine delle attività. Raggiungere il concetto del diritto significa questo, che un sistema si stabilisce in quanto sovrano e la tutela delle attività che individua comporta che queste si dicano giuridiche: non basta che i comportamenti siano messi in relazione tra loro, perché serve che, tra le possibili messe in relazione «concorrenti», si predisponga un contesto in cui la loro varietà divenga leggibile univocamente. La sovranità di un sistema assicura che di diritto si possa parlare, in quanto fornisce una misura generale dell'obbligatorietà, ordinando le molte messe in relazione dei comportamenti secondo un criterio univoco – e sostituendo all'arbitrarietà di riferimento dei molti sistemi la stabilità di un riferimento sovrano.

È solo arrivando al terzo momento del concetto del diritto che possiamo fornire una definizione di che cosa voglia dire, per una attività, essere giuridica, una definizione del concetto del diritto stesso, che vale come *«l'insieme di quelle giustapposizioni di attività pratiche, singole o in serie, la cui obbligatorietà fa parte del sistema sociale che è considerato come sovrano rispetto a tutti gli altri possibili»*⁸⁹.

⁸⁸ *Il concetto del diritto*, cit., p. 31. Nel corso del libro del 1913, Cesarini Sforza avvicendava il termine «ambiente sociale» a quello di sistema, ma senza soluzione di continuità tra i due.

⁸⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 39 (corsivo nel testo). Contestuale a questa definizione, anzi un suo elemento, è la definizione del fenomeno giuridico, che è «la giustapposizione di due attività pratiche, la regolarità od obbligatorietà della quale faccia parte di quel sistema sociale che è considerato come sovrano fra tutti gli altri possibili» (*Il concetto del diritto*, cit., p. 155). Facciamo notare come, per Cesarini Sforza, del fenomeno giuridico non si dovesse mai parlare puntualmente, comportando sempre una «giustapposizione» di comportamenti, una relazione tra le «attività».

Il concetto del diritto articola così i suoi tre momenti, e si nota che la sovranità viene giustificata in base a una esigenza interna al suo movimento, l'esigenza di ottenere una leggibilità determinata dei comportamenti per poterli dire giuridici. Il diritto, allora, non si deve accontentare della loro regolarità, ma è una opzione che ne individua l'obbligatorietà.

Raggiunto il momento dell'attività giuridica, la sovranità procura gli strumenti per osservare ciò che, nel costume, è insieme regolare e obbligatorio, e ciò che, nel rapporto fra diritto e dovere, poiché è regolare dà luogo a un obbligo corrispondente. Inoltre, la regolarità dei sistemi non è di per sé obbligatoria, fino a che non si incontra una sovranità che limita l'arbitrarietà della loro definizione e la loro numerosità. Il concetto del diritto mette mano a una stabilizzazione della regolarità che permette di ripercorrerne la storia, tenuto conto che ciò di cui si va in cerca è non una regolarità qualsiasi, ma quella regolarità che è osservabile in quanto è obbligatoria: solo così è possibile affermare che il dominio epistemico della scienza giuridica sia formato, perché il giurista ottiene una misura di ciò che deve definire giuridico. Se è possibile immaginare che il diritto abbia origine nella regolarità dei comportamenti e nella regolarità della loro messa in relazione, è tuttavia una prospettiva immaginaria, perché soltanto la sovranità rende in grado di apprezzarla nella sua progressione verso l'obbligatorietà.

In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza era chiarissimo sull'«inversione» del movimento che abbiamo seguito fino a qui:

il rapporto di cui si tratta si manifesta anche in un altro e più importante modo, nella direzione inversa a quella ora esposta. Quando, infatti, si è giunti all'astrazione massima, alla nota della sovranità, questa appare come la generatrice di tutte le precedenti, come la prima e la fondamentale della serie: e ciò perché essa è quella che conclude il corso dell'astrazione, e tutti i diversi territori sui quali questa si è successivamente applicata vengono considerati come proiezione della nota conclusiva.⁹⁰

⁹⁰ *Il concetto del diritto*, cit., p. 35. In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza chiamava «note» i momenti dello svolgimento del concetto del diritto: abbiamo quindi una nota dell'obbligatorietà del costume (O), una nota dei rapporti di diritto e dovere (R) e una nota della sovranità (S). Non abbiamo accennato a questa «notazione» ce-

È in questo senso che anticipavamo che, se la progressione del concetto del diritto ci permette di rappresentarcene la storia, allora l'impegno epistemologico del pensiero scientifico è il «punto di vista» che dobbiamo assumere. Ora, dire che il diritto ha una storia significa questo, che, data la misura generale di ciò che è giuridico insieme con la sovranità, possiamo individuare i momenti della sua formazione facendoli emergere, in retrospettiva, dal concetto del diritto. La sovranità è l'elemento che ci permette di osservare un fenomeno in quanto è giuridico – e la sua origine riceverà un simile trattamento scientifico: la formazione del diritto non suggerisce un ordine di fenomeni anteriore a quello giuridico (e, poiché anteriore, perciò stesso distinto), perché non sarebbe possibile descriverla senza l'impostazione data alla ricerca dal concetto del diritto, che possiamo ritenere formato a partire dall'affermazione della sovranità.

Consisteva in ciò la profondità analitica della scienza del diritto pubblico.

Dicevamo che, consultando l'antichità della scienza giuridica, non è alla cronologia delle differenze dei concetti e degli istituti che dobbiamo rivolgerci per restituire lo scarto tra la sistemazione statalistica della scienza del diritto pubblico e la risalenza di quei suoi concetti e istituti. Che non ci possa servire un aggancio meramente storico è evidente, dacché il concetto del diritto riscrive le assegnazioni dei momenti che lo precedono e la consultazione della sua storia dipende dalla concettualità che manifesta la scienza giuridica quando raggiunge la sovranità. La generalità del diritto si estende a ciò che gli è anteriore, forzandone una rappresentazione su base sovrana:

quando, con l'aiuto della riflessione scientifica, perviene ad astrarre la nozione della sovranità sociale, allora anche i fatti precedenti gli appaiono [all'individuo] come giuridici,

sariniana, considerandola un vezzo autoriale che non provvede in niente a semplificare la materia trattata.

e con questo nome caratterizza alcune delle istituzioni pur già formatesi parallelamente alle astrazioni anteriori.⁹¹

Criticare la scienza del diritto pubblico perché sistema il diritto intorno allo stato, facendo notare che c'era diritto *prima* dello stato, nella sua affermazione e conformazione moderna, rischia di dimenticare che ciò che avvinceva e convinceva del tentativo pubblicistico era la sua capacità, o la sua pretesa, per meglio dire, di essere in tutti i sensi una scienza generale, in tutti i sensi, compreso quello che si rivolge alla storia del diritto. Se anche c'era diritto *prima* dello stato, la nostra domanda deve essere: *come fare per osservare giuridicamente il diritto «anteriore» senza l'ipotesi della sovranità?* Prestando attenzione, ci si rende conto di che cosa stiamo chiedendo, che è sempre la stessa cosa, ovvero se sia possibile una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico. Così formulata, però, la domanda ci chiarisce la posta in gioco dell'attraversamento storico del diritto: se lo stato richiama a sé i momenti della sua formazione e li rappresenta giuridicamente come derivati della sovranità, ottiene perciò gli strumenti per esplorare tutta la storia del diritto, ma c'è qualcosa, di questa storia, che non ci convince? Quale prezzo la scienza del diritto pubblico pagava per l'estensione della sua impostazione alla generalità giuridica?

Non dobbiamo commettere l'errore di fare valere contro il tentativo pubblicistico la sua fissazione sullo stato solo perché questa ne restringerebbe lo scopo a una analisi della modernità. Mancheremmo il punto. Se si limitasse a una concezione del diritto moderno, del resto, la scienza del diritto pubblico sarebbe inassalibile da ogni critica che le rimproverasse di non considerare il diritto antico: perché dovrebbe farlo? Se fosse una scienza moderna, ciò le toglierebbe forse qualche cosa della sua scientificità? Dubitiamo che la risposta sia altro che negativa e la domanda altro che retorica. Ma il punto è che la sistemazione statalistica del diritto aveva effetto sulla generalità giuridica, e sappiamo ora che, per essere generale, questa scienza doveva rivolgersi alla sua storia, ristrutturando le assegnazioni che l'avevano preceduta. Non possiamo criticare la sua fissazione moderna come se essa non si occupasse di ciò che era venuto *prima* dello stato, perché, con tutta la sua fissa-

⁹¹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 62.

zione, la scienza del diritto pubblico ambiva a rendere possibile un pensiero sui fenomeni giuridici *in genere*, fossero questi antichi o moderni. Con una certa paradossalità, la sua critica dovrebbe far notare al pensiero scientifico di avere avuto *troppo* a che fare con la storia, e non viceversa.

La sovranità, nella scienza del diritto pubblico che si voleva scienza generale, partiva dallo stato, per estendersi ai fenomeni giuridici *in genere* ovunque ci fosse disponibile un ordine delle attività. In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza spiegava questa estensione sottolineando l'«empiricità» del processo che definisce un sistema in quanto sovrano. L'abbiamo visto prima: se la sovranità è «indispensabile per la conoscenza scientifica del diritto», tuttavia non c'è niente «di più empirico di questo criterio»⁹², perché sopperisce alla numerosità dei sistemi come con un assioma di scelta, per così dire, giustificando la stabilizzazione del mondo del diritto con una riscrittura dei momenti necessari per ottenerla. Vale quindi che questa scelta può essere ripetuta per abbracciare ogni insieme di comportamenti e la sovranità diventa meglio una generalità dell'ordine delle considerazioni giuridiche.

La nozione qui usata di sovranità può anche venir sostituita da quella di «generalità», e allora si dicono giuridiche, per esempio, le norme vigenti per la generalità dei membri di un gruppo sociale, in contrasto a quelle che valgono soltanto per cerchie particolari. Ma l'empirismo della nozione è ancor più evidente. In che consiste la generalità? Ogni gruppo è generale in rapporto ai particolari, e, a sua volta, può esser particolare rispetto a un gruppo più generale.⁹³

Con il passaggio dalla sovranità alla generalità, che abbiamo forse precorso nella nostra trattazione, ma che ora leggiamo nel libro del 1913, Cesarini Sforza chiudeva il suo attraversamento della scienza giuridica. Ci rendiamo meglio conto ora del movimento del concetto del diritto, che si articola per fondare la possibilità di

⁹² Vedi *supra* il passo di cui sono citati gli estremi alla n. 88.

⁹³ *Il concetto del diritto*, cit. pp. 32-33 (corsivo nel testo). Cfr. anche p. 32, n. 1, dove si precisa che lo stato «nel senso tecnico moderno [...] rappresenta soltanto una delle molteplici forme di organizzazione sociale sovrana che sono rivelate dall'osservazione storica, e che per la scienza hanno tutte la medesima importanza».

una scienza generale dei fenomeni giuridici. Alla nostra domanda di prima abbiamo dato una risposta negativa – e non avremmo potuto fare altrimenti, perché è innanzitutto la scienza del diritto pubblico a scoprire la generalità del diritto, aprendo lo spazio per ogni dibattito a seguire. Era una scienza generale, perché generale era il suo concetto, la «legge» che informa la sua natura, il suo ordine di fenomeni, il criterio che permette lungo la sua storia di individuare i fenomeni che si dicono giuridici perché manifestano il senso della sua progressione. La storia non pone alla scienza giuridica una condizione di alterità, e ciò significa che, se vogliamo rispondere *positivamente* alla nostra domanda, se cioè vogliamo immaginare una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico, dovremo capire in che modo la sua concettualità agisca a contrasto con la sua fenomenicità, producendola.

«Quali sono – chiedeva Cesarini Sforza – le attività pratiche umane cui si può riconoscere il carattere della “giuridicità”? La risposta è necessariamente un circolo vizioso»⁹⁴. Abbiamo seguito il movimento del concetto del diritto dal costume alla società, dalla società al diritto, ma ci dobbiamo ancora interrogare su che cosa accade quando il movimento si inverte e i comportamenti individuali sono osservati dalla prospettiva di un ordine che, nella sua generalità, abbiamo imparato a concepire come sovrano.

Assumiamo di nuovo, per un'ultima volta, la prospettiva della sovranità o della generalità giuridica, per chiudere il suo «circolo» quando ritorna ai comportamenti individuali. La separazione di volizione astratta e azione empirica introduce la coazione, è il primo segnale dell'obbligatorietà: un individuo che si obbliga con sé stesso. Obbligante e obbligato si separano ancora, poi, quando un individuo entra in rapporto con un altro: la volizione astratta dell'uno, che esprime una regolarità pretesa e tutelata, si realizza con l'azione empirica dell'altro, che deve occorrere se il rapporto si vuole verificare. Nei casi di inadempimento, il rapporto non viene meno, perché la logica dell'organizzazione dei comportamenti declina la coazione nel senso del rimedio, chiamandone all'occorrenza un altro. Il diritto è quindi lo

⁹⁴ *Il concetto del diritto*, cit., p. 37.

spazio giuridico della tutela e del rimedio, dove le attività sono ordinate e proposte come obbligatorie.

Ora, che le attività siano considerate obbligatorie e non regolari, o non solo regolari, è segnale che, nella scienza giuridica, il concetto del diritto comincia dalla sua generalità, dall'indicazione di dove risiede la sovranità, per tornare indietro verso i comportamenti individuali. Non avrebbe motivo, altrimenti, né modo di rappresentarsi gli individui come i soggetti di una coazione: questa loro rappresentazione è funzionale alla loro successiva messa in sistema. Inoltre, anche i sistemi che organizzano le attività potrebbero essere considerati regolari, e non obbligatori. Della loro regolarità, sappiamo che non è la stessa di quella dei comportamenti individuali, perché li mette in relazione, tutelandoli; ma non ne potremmo parlare come di una obbligatorietà, se non avessimo in mente di validarne le proposte organizzative, seguendo l'ipotesi di una loro forza generale. Ci viene dalla sovranità l'idea di rappresentare i sistemi nella loro chiusura di «ambienti», e la loro chiusura ci porta a rappresentare le attività in relazioni definite, stabili, in rapporti che hanno la forma del diritto e del dovere. Se gli individui, agendo, manifestano la loro volontà, questa manifestazione è, per la scienza, un fenomeno giuridico, e non altro.

Manifestando la sua volontà in una data forma, l'individuo rivela di essere in una situazione di diritto o di dovere: la sua volontà [...] ha cioè aderito, in giustapposizione con un'altra, ad una regolarità che, essendo quella sociale sovrana, si dice regolarità giuridica, e così è sorto un «fenomeno giuridico».⁹⁵

I comportamenti individuali sono le attività che realizzano la regolarità dei sistemi in quanto questa è obbligatoria: è «in una data forma» che gli individui agiscono secondo volontà, perché l'assegnazione di una volizione astratta alle azioni empiriche e, viceversa, di un'azione empirica alle volizioni astratte è decisa nel contesto della regolarità generale. Possiamo dire, allora, che la generalità ha forza obbligatoria perché, quando si osserva un fenomeno giuridico, cioè quando un comportamento è osservato in che è giuridico, significa che questo può essere letto

⁹⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 159.

come l'espressione della regolarità ordinata⁹⁶. Ne risulta che ogni attività può essere rappresentata come il risultato di una pretesa in tutto e per tutto *oggettiva*.

In *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza ci riconferma l'importanza per il diritto della dualità di soggettività e oggettività, stavolta però non per esibirne la dialettica, che distingueva la scienza giuridica dalla filosofia del diritto, come aveva fatto nei *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, ma per mostrare come questa dialettica fosse ricondotta dal pensiero scientifico ai due ambiti del diritto soggettivo e del diritto oggettivo, che non servivano a porre l'oggettività come «problema» riportandola alla soggettività che la produce, ma a spiegare che la soggettività è la realizzazione di quell'oggettività, che le viene preme-
sa.

Per «diritto in senso oggettivo» – scriveva Cesarini Sforza – bisogna intendere il diritto non vissuto concretamente, ma espresso oggettivamente nelle norme, ossia il «complesso delle norme giuridiche». E per «diritto in senso soggettivo», [bisogna intendere] le concrete manifestazioni giuridiche dell'individuo, ossia le «formazioni giuridiche» per cui sorgono nello spirito dei singoli delle volizioni astratte (come regolarità o come obbligo), alle quali accede una positiva manifestazione di attività, che appare come realizzazione del diritto oggettivo.⁹⁷

La condizione per rappresentare giuridicamente i comportamenti individuali è la loro definizione oggettiva – è questa la conseguenza della generalità giuridica scoperta dalla scienza del diritto pubblico. Della soggettività la scienza giuridica si occupa, ma per occuparsene la deve dedurre come la realizzazione di un ordine stabilito delle attività; altrimenti, non può trovarle posto nel suo movimento, nella sua storia. In altre parole, non di soggettività si parla, ma di *diritto soggettivo*, che, qui, è la sua restituzione oggettivistica.

⁹⁶ Non vale soltanto per lo stato, perché il pensiero scientifico ha allargato il suo discorso dalla sovranità alla «generalità» giuridica, portandolo a concepire ogni sistema di attività nella sua chiusura, nella misura cioè in cui lo si possa considerare generale; ciononostante, rimane che lo stato è il fenomeno che consente la rappresentazione degli altri fenomeni in quanto giuridici, il punto dal quale il discorso può essere esteso.

⁹⁷ *Il concetto del diritto*, cit., p. 136.

Messo conto di un ordine, questo deve trovare delle attività a verificarlo, allo stesso modo in cui una volizione astratta rimane «aperta» se non ha un'azione empirica a «chiuderla», ma il ritrovamento di queste attività lo si desume dalla disposizione di quell'ordine. Così, il diritto soggettivo è la qualificazione oggettivistica dei comportamenti individuali, che ricevono trattamento scientifico, cioè possono contare come fenomeni giuridici, dal momento che sono inseriti nel circolo della definizione della scienza giuridica. Tra soggettività e oggettività non vale una dialettica, ma una derivazione, la soggettività venendo concepita dal pensiero scientifico come la realizzazione dell'oggettività.

Anche in questo, e soprattutto in questo, consiste la naturalità della scienza giuridica: individuare un ordine di fenomeni a partire dai concetti e dagli istituti giuridici comporta che tra fenomenicità e concettualità sia stretto un nesso necessario, un nesso che riscrive i comportamenti individuali a misura che siano giuridici. Tra il diritto soggettivo e il diritto oggettivo rimane una contrapposizione, perché nell'oggettività si pretendono comportamenti che solo nella soggettività si possono verificare – e tanto l'oggettività obbliga quanto la soggettività è obbligata; tuttavia, questa contrapposizione non sarà capace di negare che solo nel diritto oggettivo sono predisposti le tutele e i rimedi che costituiscono la sostanzialità del diritto soggettivo. Ci troviamo molto distanti, ormai, da una soggettività *filosofica*.

La soggettività individuale e l'oggettività sociale vengono contrapposte: ma la prima non è – scriveva infatti Cesarini Sforza – la soggettività concepita filosoficamente, e perciò negante il concetto di socialità, ma anzi presuppone questo concetto, per distaccarsene come un'astrazione da un'astrazione.⁹⁸

Il pensiero scientifico lavorava alla sua naturalità, quando parlava di diritto soggettivo. La volontà come «potere», «potenza» che agisce in una situazione di fatto e che dà luogo alla soggettività filosofica, veniva riscritta: il diritto soggettivo era la sua rappresentazione giuridica. Se, per essere generale, la scienza giuridica lavorava alla sua autonomia, la prima autonomia desiderata era quella dalla filosofia del diritto – ma rimarremmo nel vago di una affermazione, se non dicessimo che

⁹⁸ *Il concetto del diritto*, cit., p. 26.

essere autonomo dalla riflessione filosofica significava per il pensiero scientifico rimuovere ogni opportunità di riferimento a un soggetto che non fosse di diritto. Il concetto che serve alla scienza per osservare il suo ordine di fenomeni era una concatenazione necessaria di concetti e istituti, un rapporto che deve informare la ricerca del giurista conservando la propria composizione, tanto che «alterarlo nei suoi termini significherebbe distruggerlo»⁹⁹. Quando non è giuridica, quando cioè non è inserita in un ordine delle attività, la soggettività nega l'oggettività, la distrugge, nel senso che introduce la dialettica che pone l'oggettività come un «problema», chiedendo le ragioni della sua formazione. Non ci sorprende che la distruzione dell'oggettività del pensiero scientifico fosse speculativa; per Cesarini Sforza, dopotutto, la chiusura del circolo dell'oggettività da parte della scienza giuridica rilanciava il compito della filosofia del diritto. Se la scienza giuridica chiamava «diritto oggettivo» il contesto della definizione del diritto soggettivo, se era nell'oggettività di un ordine sovrano o generale che essa trovava la possibilità di un discorso che chiudeva sulla soggettività, la filosofia del diritto le ricordava che le mancava ancora di spiegare le ragioni della formazione di ciò che la rendeva possibile.

⁹⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 16. Vedi *supra* il passo completo, di cui citati gli estremi alla n. 72.

L'«impronta romanistica» della scienza giuridica

Lasciata alla sua tranquillità concettuale, la scienza giuridica lavora ai suoi concetti e istituti, dando modo al giurista di dedicarsi alla «ricerca positiva»¹⁰⁰. Svolge il concetto del diritto, permettendo l'osservazione dei fenomeni giuridici che esibiscono il rapporto fissato una volta per tutte tra i suoi elementi. La ricerca del giurista è irrinunciabile, ma non ci dovremo aspettare sorprese dai suoi risultati, perché i fenomeni scoperti saranno stati previsti dalla sua impostazione contenuta nella «legge della giuridicità», che dà alla realtà il taglio, o il profilo, della natura giuridica, altrettanto irrinunciabile quando parliamo del diritto.

La *legge della giuridicità* condensa in una formula unica gli elementi comuni a tutti i fenomeni giuridici reali o possibili, quelli cioè che sono necessari e sufficienti per rendere giuridico un fenomeno. E il giurista, qualunque fenomeno giuridico cada sotto la sua osservazione, vede in esso soltanto gli elementi fissati da e in quella legge.¹⁰¹

«Soltanto». Come giudicare l'idealismo, per così dire, della scienza giuridica? I fenomeni osservati sono inscindibili dai concetti e dagli istituti usati per pensarli, e la loro fenomenicità non disturba la concettualità alla quale essi sono legati, anzi ne è la realizzazione, oltre a portarne il progresso, in tanto che i fenomeni variano. Dovremmo auspicare che la scienza giuridica resti di stucco davanti all'evento di

¹⁰⁰ *Il concetto del diritto*, cit., p. 45.

¹⁰¹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 41 (corsivo nel testo).

un imprevisto? Ma se un fenomeno non può essere riportato ai concetti e agli istituti del diritto, in quale senso potremmo considerarlo giuridico? E se non è giuridico, perché presumere che la scienza giuridica se ne debba, o sappia, interessare? Perché rimproverarle un eventuale sguarnimento di strumenti per prendere la parola in merito? Il concetto del diritto limita la ricerca scientifica, indirizzandola, e è sicuro che la sua razionalità informi l'esplorazione, da parte del giurista, del mondo del diritto; ma, per meglio dire, non è tanto un limite, quanto un vincolo, che se è negativo, poiché invita la scienza giuridica all'autonomia, è anche positivo, poiché ne chiarisce la possibilità. In altri termini, fino a che il concetto del diritto non smette di consentire, e allargare perfino, l'osservazione dei fenomeni giuridici, non potremo avere niente da ridirgli.

Quando parliamo di una tranquillità concettuale, ci riferiamo allo svolgimento indisturbato della possibilità logica della scienza giuridica. *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* la portava fino alle sue recondite conseguenze, dove la possibilità storica di un pensiero scientifico era aperta dalla concettualità per la quale un fenomeno si dice giuridico: alla storia si arrivava perché, per la scienza, essere generale significava essere capace di rappresentare la formazione del diritto e di esplorarne il mondo con una misura dell'ordine dei fenomeni ricercati. Se non mancavano, nella scienza del diritto pubblico, opinioni in apparenza contrarie al perseguimento di una simile «ricerca positiva», queste, tuttavia, servono in fondo a rafforzare l'impressione che, nel 1913, Cesarini Sforza cogliesse una ramificazione fondamentale del tentativo pubblicistico. Ci riferiamo, come si sarà sospettato, alla teoria di Jellinek dell'instaurazione di fatto, e non di diritto, dello stato, che rimuoveva dagli studi giuridici il periodo e il processo che portano allo stato, sostenendo che la scienza giuridica non ne avesse competenza, mentre si occupava di descrivere la sua costituzione una volta ottenuta¹⁰².

¹⁰² Jellinek la espose nel cap. 9 della sua *Allgemeine Staatslehre*; cfr. G. JELLINEK, *Dottrina generale dello stato*, cit., pp. 501-527. In Italia la discusse, a stretto giro, un attentissimo S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Estratto dall'«Archivio giuridico», 9 (Nuova Serie), 1902 (1), Società Tipografica Modenese, Modena 1901 (la pubblicazione indipendente precedette quella a rivista), riassumendo la teoria jellinekiana «di recente formulata nella sua interezza» in questo modo: «Secondo tale teorica (*sic*), ogni nuova formazione di Stato implicherebbe, necessariamente e come

L'instaurazione di uno stato, per Jellinek, era esposta alle contingenze della politica, che impedivano alla scienza di portare a termine le sue osservazioni, o che, quantomeno, lo impedivano alla scienza giuridica. Ecco, basta un minimo confronto con la «scienza del diritto pubblico» per mettere fuori asse le riflessioni cesariniane? Non proprio, perché bisogna insistere che, se si affermava che ogni discorso giuridico a precedere lo stato fosse impossibile, la razionalità scientifica si assideva allora sulla sovranità, della quale aveva bisogno per parlare del diritto¹⁰³.

Ma le conferme migliori per le tesi di *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* venivano in Italia dalla romanistica, sulla particolarità della quale è arrivata l'ora di soffermarci. Questo vale specialmente per la deriva storica delle riflessioni cesariniane: se infatti poteva essere difeso contro ogni evidenza che la scienza del diritto pubblico non producesse una rappresentazione della storia del diritto¹⁰⁴, la romanistica d'altronde doveva formarsi quella rappresentazione, poiché riceveva dalla sua specializzazione sul diritto romano, un diritto «antico», passato, il suo carattere di disciplina. Era una disciplina particolare ma, prima, abbiamo introdotto il motivo per rivolgerci agli studi di diritto romano giustificando la necessità di precisare il contenuto della sistemazione statale del diritto, che ci ha preso

regola sornita di eccezioni, un puro procedimento di fatto, che, solo in seguito, consolidandosi, diverrebbe diritto» (p. 25).

¹⁰³ In Jellinek, inoltre, l'impensabilità scientifica dell'instaurazione dello stato era funzionale alla rappresentazione dell'«origine» del diritto come il passaggio dalla regolarità dei comportamenti all'obbligatorietà delle norme. Ci riferiamo qui agli sviluppi della «*normative Kraft des Faktischen*» (su cui cfr. G. JELLINEK, *Dottrina generale dello stato*, cit., p. 611 e sgg.), che, si può sospettare, contribuì a dare a Cesarini Sforza un'idea di come impostare il movimento della scienza giuridica in *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*.

¹⁰⁴ Contro ogni evidenza perché, prendendo ancora Jellinek, la razionalità che egli metteva in gioco espungeva il problema dell'«origine» solo per restituirne una rappresentazione giuridica. In aggiunta, è vero che la concentrazione del suo discorso pubblicistico lo conduceva a affrontare lo stato nella sua affermazione e conformazione moderna, ma questo non significa che egli non ritornasse indietro per apprezzare le «statalità» precedenti alla modernità, cominciando dallo «Stato orientale» per concludere appena prima dello stato moderno con lo «Stato medievale» (G. JELLINEK, *Dottrina generale dello stato*, cit., pp. 535-603); troviamo nella sua retrospettiva l'ipotesi di una sovranità che si rivolge a quanto ha di anteriore, giustificando la sua ricognizione giuridica della storia del diritto in funzione dello stato moderno: «dalle antiche formazioni statali – scriveva il formidabile pubblicista tedesco – [...] bisogna desumere semplicemente ciò che è essenziale per la conoscenza dello Stato moderno» (p. 535).

del tempo, con l'obiettivo di guadagnare una euristica a guidarci l'esplorazione dell'antichità del diritto, dalla quale ci aspettiamo una indicazione di massima sulla possibilità di una scienza generale che non sia una scienza del diritto pubblico – e allora ci possiamo immaginare che la particolarità della romanistica non era tale che non intrecciasse i futuri della generalità giuridica.

Ci manca ancora qualcosa però. Abbiamo presente la sistemazione stalistica del diritto nella ricostruzione cesariniana, eppure qual è l'euristica che cercavamo per consultare l'archivio delle *antiques* giuridiche? Come procedere a lavorare con l'«impronta romanistica» della scienza giuridica? La risposta si trova nel circolo della definizione giuridica delle attività: che cosa rimane, a queste, del loro contegno individuale? Qual è la concettualità che le rappresenta e che le lascia pensare dalla scienza? E infine, come si confrontano, nella loro soggettività, con l'oggettività che le definisce?

Il diritto soggettivo fu uno dei *Kampfplätze* più trafficati dalla scienza giuridica, che ne tentò molte definizioni: il «potere» giuridico che spetta a ogni persona di Savigny, la «potestà» (o «signoria») della volontà «impartita» dal diritto di Windscheid, l'interesse giuridicamente protetto di Jhering¹⁰⁵; ma, qualunque ne fosse la definizione, Cesarini Sforza insisteva che una ripresa dei grandi nomi del soggettivismo giuridico, storicistico prima e pandettistico poi, finché non diventò qualcosa'altro, non potesse essere sufficiente, perché la scienza del diritto pubblico aveva incominciato una tendenza oggettivistica che riusciva a comprendere il diritto soggettivo nelle sue intenzioni, servendosi, peraltro, di alcune di quelle premesse.

¹⁰⁵ Per una rassegna storica e bibliografica sugli sviluppi del diritto soggettivo, possiamo convocare lo stesso Cesarini Sforza, una cinquantina di anni dopo il periodo che stiamo affrontando ora; cfr. *Diritto soggettivo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. 12, Giuffrè, Milano 1964, pp. 659-696 (se n'era occupato già prima: cfr. *Diritto soggettivo*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1 (Terza Serie), 1947 (1), pp. 181-211). Possiamo anche convocare, e non a caso, due romanisti che hanno scritto pagine profondissime sul diritto soggettivo e le sue vicende nella contrapposizione tra soggettivismo e oggettivismo giuridico: cfr. G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Giuffrè, Milano 1939 e R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in «Jus», 11 (Nuova Serie), 1960 (1), pp. 149-196, poi in ID., *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna 1978. È interessante notare come Orestano introducesse quest'ultimo volume citando gli scritti raccolti come quelli di «un romanista che si è “dovuto” occupare di diritto moderno» (p. 7).

Ora, i giochi della soggettività giuridica erano fatti, una volta che ne si assumesse la definizione oggettiva. Non c'era posto, nella scienza giuridica, per una sua espressione che non fosse riportata all'obbligatorietà: come regolari o obbligatori, i comportamenti individuali erano considerati dal pensiero scientifico nel rapporto tra un diritto e un dovere – e questo assunto aveva diramazioni che non interessavano solo la rappresentazione giuridica dello stato e delle sue attività, ma si estendevano alla storia del diritto, che, proprio come la soggettività che dà luogo all'oggettività giuridica, non veniva in considerazione se non per verificare un ordine delle attività. La generalità acquisita dalla scienza giuridica era tale che doveva permetterle di osservare i fenomeni giuridici *in genere* e di elaborare e aggiornare i propri concetti e istituti; ma, nel circolo dell'oggettività e della definizione della scienza del diritto pubblico, l'elaborazione e l'aggiornamento diventavano sinonimi di sistemazione e verifica. Ignorando la soggettività, la scienza giuridica si privava della possibilità di interrogare le ragioni della formazione del diritto e della sua oggettività, si impediva cioè di essere generale nel senso in cui la sua concettualità produceva una fenomenicità dalla quale, per permetterne la rappresentazione, doveva venire rimossa la sua produzione; né questo era un ostacolo percepibile soltanto nella pratica scientifica, perché seguiva dalla stessa impostazione della «ricerca positiva».

L'oggettivismo della scienza del diritto pubblico impediva alla soggettività di venire in considerazione se non in quanto era destinataria di una pretesa oggettiva. Ciò le derivava dalla sistemazione statalistica del diritto che, nella sua generalità, le proponeva una storia che serviva al solo scopo di provarne la possibilità logica. Se occorreva obiettare a una simile rappresentazione della storia del diritto, la romanistica poteva sembrare un serbatoio di alternative: nella sua antichità, il diritto romano non esibiva di certo la stessa impostazione di un pensiero scientifico sistemato a partire e a seguire dallo stato nella sua affermazione e conformazione moderna. Inoltre, la scienza del diritto pubblico aveva raccolto l'eredità degli studi di diritto romano, occupando lo spazio aperto dallo storicismo e dalla pandettistica, servendosi di concetti e istituti che la civilistica aveva cercato di rendere «attuali» per pensare la sovranità, ma di sicuro sarebbe stato possibile stornarli dalle assegnazioni acquisite, per fargli dire qualcosa di un altro modo di immaginare il drit-

to. Come vedremo, non era questo il caso, e che non fosse il caso era non una contingenza, ma, di nuovo, il risultato di un'impostazione precisa della ricerca.

Nella sua particolarità di disciplina rivolta al diritto romano, dalla romanistica ci potremmo aspettare che la sua antichità la rendesse immune alla generalità scoperta dalla scienza del diritto pubblico, che se faceva il tentativo di osservare il fenomeno giuridico *in genere* (il tentativo pubblicistico era la ragione che affatto permetteva di speculare su una scienza generale), ostacolava l'espressione giuridica della soggettività che ordinava nel diritto soggettivo. Ma era così? Non ci dobbiamo dimenticare del ruolo assunto dalla romanistica nell'avviamento della scienza del diritto pubblico: lo studio dello *ius civile* era un territorio attraversato da tendenze tanto particolari quanto generali – e l'intreccio di spinte moderne nello studio dell'antichità ne faceva uno spazio dove si anticiparono i motivi principali del dibattito sulla generalità giuridica. Ciò è vero, soprattutto, per il pensiero scientifico italiano nella seconda metà dell'ottocento; basterà poco per rendercene conto, mentre capiremo che la trattazione cesariniana del diritto romano non aveva il senso di un ritorno alle origini, ma poteva rivolgersi nella misura in cui di questa antichità si era parlato bene addentro la modernità.

Prima figura, che sarebbe diventata classica, dello studiato in Germania, Filippo Serafini fu colui che avviò su nuove basi gli studi di diritto romano nel secondo ottocento italiano. Nel 1869 assunse la direzione dell'*Archivio giuridico*, che in seguito avrebbe preso il suo nome testimoniando il riconoscimento del ruolo che egli svolse nell'affermazione della scienza giuridica italiana. Serafini dette alla rivista uno scopo vasto, che esorbitava dai suoi interessi di ricerca, e la rese un luogo dove accettare e discutere le conseguenze degli ultimi avanzamenti ottenuti dal pensiero scientifico in Germania. Aveva il carattere limpido del civilista, rivolgendosi allo *ius civile* per ricevere l'idea precisa di come sistemare e interpretare i codici civili, incomprensibili, pensava, senza una ricognizione della tradizione che rendeva i concetti e gli istituti giuridici pieni di significato.

La sua proposta chiamava il diritto a un «risorgimento scientifico»¹⁰⁶ che ne rinnovasse lo studio e ottenesse la sua scientificità tramite una applicazione del «metodo scientifico positivo»¹⁰⁷, metodo che avrebbe reso la scienza giuridica capace di annoverarsi tra le scienze naturali. Era una proposta risorgimentale in senso proprio perché, per rilanciare gli studi giuridici, da tempo depressi e deprimenti in Italia¹⁰⁸, scommetteva sulla specializzazione acquisibile dalla scienza «unitaria». Questa, secondo Serafini, si trovava nella posizione migliore per studiare il diritto romano in un'ottica «attuale», diritto romano che transitava nella civilistica, strutturandone i codici, e così era il luogo di elezione per comprendere il presente del diritto. Era davvero risorgimentale il desiderio di Serafini di capire il presente rivolgendosi uno sguardo al passato, e non per caso a un passato romano, ma gli si accompagnava una revisione della scientificità del diritto e un suo aggiornamento rispetto alle ricerche storicistiche e alle ambizioni sistematiche della pandettistica, che a Serafini rammentava la vecchia scuola dei giuristi bolognesi¹⁰⁹.

Studiare il diritto romano aveva, per lui, il significato di trovare una rappresentazione generale del diritto. Un collegamento simile sarebbe insensato, se non fosse per il rilievo assunto dalla storia nel diritto, che poteva essere compreso come un movimento che rivede i suoi concetti e istituti alla luce della tradizione che li ha prodotti – e che, per il diritto, è iniziata a Roma, senza mai perdere il portato di quella antichità. Apprezzare i concetti e gli istituti giuridici secondo la loro storia cominciata a Roma, allora, era la maniera per studiare scientificamente il diritto, nel senso in cui, per farne scienza, il diritto doveva essere studiato accanto alla

¹⁰⁶ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, Stabilimento Tipografico G. Via, Roma 1872, p. 4.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Sulla scienza giuridica in Italia pesavano come un macigno le parole niente affatto lusinghiere che le aveva dedicato F. C. V. SAVIGNY, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, in «*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*», 1, 1828, pp. 201-228, poi in ID., *Vermischte Schriften*, vol. IV, Veit und Comp., Berlino 1850.

¹⁰⁹ Cfr. F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 5, dove, citando l'influenza che «nel medio evo (*sic*) la scuola bolognese esercitò sulla giurisprudenza europea», Serafini auspicava che «l'Italia che fu culla del diritto [divenisse] ancora una volta la maestra delle genti», ciò essendo possibile, se solo la scienza giuridica si fosse accinta alla «applicazione alla giurisprudenza di quel metodo sperimentale a cui le scienze fisiche debbono la loro vita e il loro sviluppo».

sua storia, e questa aveva i tratti della romanità. Quando poi si chiedeva che scienza fosse quella giuridica, Serafini non aveva dubbi sulla sua naturalità: una volta concepito il diritto attraverso il suo vincolo romanistico, se ne restituiva un'immagine che lo rappresentava impegnato allo sviluppo regolare dei suoi concetti e istituti. Se il diritto infatti è «in movimento perenne» a partire dal diritto romano, ne otteniamo «che tutto si concateni, che ogni istituto trovi la sua ragion d'essere negli altri che lo hanno preceduto, sí, che come nei fenomeni fisici, cosí anche nei fatti giuridici possa riscontrarsi un regolare e necessario svolgimento»¹¹⁰.

Serafini pensava cosí uno spazio incrementale della circolazione giuridica dove la scienza poteva muoversi alla ricerca delle regolarità che sono il suo oggetto d'affezione e che ne avvicinano lo statuto a quello delle scienze naturali. Ne conseguiva che la rottura con il diritto romano, il nuovo inizio del diritto a partire dai codici civili, non doveva né poteva sacrificare il riferimento alla tradizione che dava a questi significato: «se noi siamo pervenuti ad una età in cui ci è dato possedere codici nostri, è tuttavia facile persuadersi della necessità di risalire a quell'epoca anteriore onde i nuovi codici derivarono»¹¹¹.

La scienza giuridica poteva interpretarsi come quella scienza, che si dedica alle opere di codificazione, dalle quali fare discendere tutto il restante diritto. Ma, secondo Serafini, la rappresentazione che se ne otterrebbe sarebbe del tutto vuota e incapace di descrivere il mondo del diritto. Con un linguaggio a dire poco esplicito, egli dichiarava che le insistenze sulla novità dei codici erano «fisime di cervelli malati» e continuava: coloro i quali «credono all'onnipotenza dei legislatori, ed esagerano l'influenza salutare dei codici ignorano il modo col quale il diritto si forma in una nazione»¹¹².

Se non si circostanzia l'attività del legislatore, se non si fa presente il portato romanistico dei codici, posizionandoli nella tradizione alla quale seguono, è impossibile restituire del diritto un'immagine scientifica, perché fare scienza del diritto vuole dire studiarne la storia. Non c'è riprova migliore di questa del fatto che Serafini fu tra i responsabili principali della continuazione delle idee della scuola

¹¹⁰ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 8.

¹¹¹ F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 18.

¹¹² F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici*, cit., p. 10.

storica in Italia, e si tenga a mente che la sua attività di studioso si svolse sempre tra la romanistica e un ordine di considerazioni che stava diventando generale.

La generalità dello studio del diritto veniva avviata con una petizione di scientificità che ambiva a un'attenta ricerca delle regolarità di sviluppo manifestate dalla tradizione giuridica, uno spazio dove i concetti e gli istituti «evolvono» le loro assegnazioni e non si danno improvvisi avvicendamenti. È in questo senso che Brugi, che fu allievo di Serafini e romanista di rilievo anch'egli, poté affermare che, se le scienze ottocentesche si erano affollate attorno al concetto di evoluzione, e su tutte la biologia e la sociologia, questo era stato innanzitutto un concetto giuridico, che così annoverava la scienza giuridica tra le scienze¹¹³. L'«evoluzione» del diritto definiva il dominio epistemico della scienza giuridica, che perciò si faceva generale, perché doveva rivolgersi al diritto nella generalità di una storia che, *lenta e graduale*, era iniziata a Roma e non era mai finita.

In una lettera aperta a Serafini del 1881, pubblicata per l'*Archivio giuridico*, Vittorio Scialoja, intervenendo sulla necessità di una riforma degli insegnamenti di diritto romano, correggeva le tendenze civilistiche della romanistica, che portavano a un effetto distorsivo e rendevano arduo il mestiere di consultare un deposito come tale, senza forzature di «attualità»¹¹⁴. Serafini aveva avversato di sganciare il diritto dalla sua tradizione, alla quale doveva sempre essere fatto ritornare, ma le sue ricerche avevano insistito sulla necessità di confrontare costantemente il diritto romano con il suo utilizzo ottocentesco¹¹⁵. Il romano era un diritto sempre «attuale», del quale si faceva la storia a misura che se ne faceva la scienza, e si studiava per comprendere gli esiti postremi di una tradizione che non aveva mai smesso di evolvere.

¹¹³ Cfr. B. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, cit., pp. 14-15: «il concetto della evoluzione fu applicato anzitutto ad una scienza sociale, quale quella del diritto, dai romanisti della scuola storica», applicazione che ne ha fatto, diceva Brugi, «una scienza essenzialmente evoluzionistica».

¹¹⁴ Cfr. V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane. Lettera al prof. F. Serafini*, in «Archivio giuridico», 26, 1881 (5), pp. 486-494.

¹¹⁵ Mai titolo di libro fu più riassuntivo dell'impostazione e intenzione teorica del suo autore come quello di F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, Pellas, Firenze 1870.

Contrario a questa opinione Scialoja, con una certa qualche verve parresiasiastica¹¹⁶, annunciava invece la morte del diritto romano, presentando la romanistica letteralmente come lo studio del suo cadavere.

A quel modo che la possibilità di studiare il cadavere è condizione essenziale di progresso nelle scienze naturali, è pure necessario alla scienza giuridica lo studiare l'anatomia di questo diritto morto; anatomia che sarebbe quasi impossibile studiare in un diritto vivente [...]. Oltre a ciò lo studio di un diritto morto ha sopra lo studio di un cadavere nelle scienze naturali un immenso vantaggio: esso può mercé la storia essere studiato nei diversi tempi nei quali ha vissuto [...]. L'anatomia e la fisiologia del diritto si vengono così a fondere in questo studio del diritto romano.¹¹⁷

Con la fondazione all'università di Roma, nel 1887, dell'Istituto di diritto romano, e l'inizio delle pubblicazioni, nel 1888, del suo *Bullettino*, che come successe per l'*Archivio giuridico* assunse in seguito il nome del suo direttore¹¹⁸, Scialoja finalizzava il suo distacco da Serafini, inaugurando la possibilità di una vera e propria storia del diritto romano, segnalata dagli interessi della rivista che fondò e di cui assunse la direzione, volti alla specializzazione sul diritto romano; tuttavia, non veniva a mancare il naturalismo annunciato da Serafini: il riferimento di Scialoja a una anatomia e a una fisiologia del diritto romano parlava chiaro di una scientifi-

¹¹⁶ Per intuire la controversità dell'uomo, basti sapere che Scialoja scrisse la lettera aperta del 1881 a seguito di una rivolta dei suoi studenti senesi, che lamentavano la complicazione eccessiva delle sue lezioni, veri affondi nel diritto romano molto al di là del suo rilievo «attuale»: i suoi studenti non capivano come orientarsi nello studio di un diritto del quale non si sottolineavano i collegamenti con il presente. Nella lettera, Scialoja si diceva del tutto intoccato dalle proteste, che, al contrario, gli avevano riconfermato la correttezza del suo metodo didattico, né la commozione provocata intaccò la sua carriera, se pochi anni dopo, nel 1884, fu chiamato a Roma a insegnare nell'ateneo italiano allora più prestigioso. Sulle vicende senesi di Scialoja, cfr. G. CIANFEROTTI, *L'università di Siena e la "vertenza Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto*, in *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, Ministero per i beni culturali e ambientali, Roma 1991.

¹¹⁷ V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano*, cit., p. 490.

¹¹⁸ Ci riferiamo al *Bullettino dell'istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, tutt'oggi edito, così come anche l'*Archivio giuridico "Filippo Serafini"*. Queste due riviste sono certamente le più longeve riviste giuridiche italiane, seguite, ma non proprio a stretto giro, dalla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, fondata da Del Vecchio nel 1921.

cità che, nella storia, trova il luogo delle sue osservazioni, perché è la storia che si predispone come la sua fenomenicità caratteristica.

Non veniva a mancare nemmeno la connessione della romanistica italiana con la scuola storica del diritto, se fu proprio Scialoja a intraprendere la traduzione degli otto volumi del *System des heutigen römischen Rechts*. Di Savigny, Scialoja riceveva ancora l'intuizione che per considerare il diritto si dovesse ricercare il potere (la *Macht*) che interviene nella sua formazione¹¹⁹ – e elaborava tale intuizione mantenendo che, per essere interpretato, il diritto doveva confrontarsi con le consuetudini della sua applicazione, che lo rimandavano alla «struttura del corpo politico» e alle «forze sociali ordinate», per quanto, nel suo confronto con il diritto romano, egli si allontanasse dall'idea savignyana di un processo lento e graduale concepito nel *Bewusstsein des Volkes*¹²⁰.

Perché venisse in parola, il diritto doveva essere positivo, cioè doveva essere l'espressione di un potere. «Essenza del diritto è la coazione», aveva scritto Scialoja nella sua celebre prolusione camerte *Del diritto positivo e dell'equità*. «La sentenza senza formula esecutiva si riduce ad un semplice parere»¹²¹. Se per certi versi sembrava ripetere il dettato savignyano, d'altra parte Scialoja contraddiceva quella che era l'esagerazione «di certi seguaci della scuola storica, che vorrebbero fare dello svolgimento del diritto qualche cosa di simile all'inconscia vita di una pian-

¹¹⁹ Cfr. V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in «Scientia», 4, 1910 (7), pp. 131-143, p. 134: «la volontà, che costituisce il diritto, [...] è la volontà di quella persona o di quelle persone, che hanno il potere di fare la legge».

¹²⁰ Cfr. V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, 1898, in V. SCIALOJA, *Studi giuridici. III. Diritto privato I*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, p. 47 (corsivo nel testo): «Le norme dell'interpretazione sono [...] determinate dalla struttura del corpo politico, al quale la legge appartiene [...]. [I rapporti tra i cittadini e le autorità] in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto: essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose, che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, [...] immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che [...] si può chiamare [...] diritto consuetudinario, purché a quest'espressione non si connetta l'idea di una *lunga consuetudine*».

¹²¹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, 1879, ripubblicata negli «Annali della facoltà giuridica dell'università di Camerino», 1 (Nuova Serie), 2012, pp. 179-205, pp. 193-194 (proprio a Camerino, il 23 novembre 1879, la prolusione fu letta a inaugurazione dell'anno accademico).

ta»¹²². La crescita lenta e graduale, il deposito alluvionale che era il diritto in Serafini, e che faceva del diritto romano un diritto «vivente» nelle forme assunte nella sua tradizione indefessa, lasciava il posto a un diritto ricompreso nella logica dell'autorizzazione; Scialoja, infatti, aveva una opinione puntuale di quale fosse la *Macht* che doveva intervenire affinché fosse possibile parlare di un ordine giuridico delle attività: «il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali»¹²³. E ciò valeva a ammettere che, senza un potere autorizzante e autorizzato alla sua definizione, il diritto non veniva in questione.

Ora, per Scialoja questo potere, che era lo stato, si formava a partire dal consenso (*consensus, communis reipublicae sponsio*) delle volontà individuali. «Né – aggiungeva – diversa era l'idea dei romani»¹²⁴, chiarendo che i suoi studi romanistici potevano essere convocati dalla sua argomentazione nel senso di passi come questo giuliano: «[...] *cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam iudicio populi receptae sunt* [...]» (D. 1.3.32.1) – nel senso, cioè, di un inserimento generale del diritto nel contesto di un ordine politico che raccoglie le «forze individuali» e presta il suo potere per identificare ciò che è giuridico. Siamo sul ciglio di una definizione oggettivistica della giuridicità: per sapere che cos'è (il) diritto, serviva rinvenire il potere o l'ordine politico in virtù del quale, sovrano, concepirne la positività.

Di fronte al diritto positivo Scialoja collocava l'equità (*aequitas, aequalitas*), una «forza» che richiamava il senso dell'evoluzione del diritto, ma che poteva ricevere una precisazione del suo significato giuridico¹²⁵. L'equità faceva la sua prima apparizione nella storia del diritto con il processo formulare e gli editti pretori: alla proceduralità delle *legis actiones*, che Scialoja leggeva nel senso di un formalismo accentuato, si sostituiva la plasticità dello *ius gentium*, che, a partire dalla *lex Aebu-*

¹²² V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 185, n. 5.

¹²³ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 184.

¹²⁴ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 185, n. 5.

¹²⁵ Cfr. in V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., pp. 193-194 l'introduzione di questa nozione, descritta sulle generali come segue: «accanto al diritto positivo si manifesta l'azione di una forza, la quale, dapprima sottomessa al diritto stesso, a poco a poco gli si ribella, finché giunge il momento nel quale o il diritto viene modificato regolarmente secondo i casi dalla consuetudine o dalla legge, ovvero, se per altri motivi non si vuol toccare il diritto, esso viene nella pratica continuamente violato. Questa forza è l'equità».

tia de formulis, non fu appannaggio esclusivo del pretore peregrino, ma si estese anche alla *provincia* del pretore urbano, andando a influire sullo *ius civile*. Istanze di equità conformi a principi generali potevano modificare il diritto, soprattutto nell'interpretazione, ma Scialoja ne circostanziava l'effetto alla loro validazione giuridica, che di nuovo rinviava all'oggettività di una organizzazione del consenso: «finché resta allo stato di aspirazione, l'equità non può pretendere di esser norma dei giudizi»¹²⁶.

Il consenso era un dispositivo che chiamava in causa le volontà individuali – e nella storia del diritto queste volontà potevano ispirarsi nelle loro disposizioni a principi di equità; ma se le chiamava in causa, esso predisponeva anche l'opzione della loro chiusura, per permettere non una loro espressione qualsiasi, ma un'espressione giuridica: «non ogni volontà produce effetti giuridici», scriveva Scialoja, ma soltanto «quella che giunge ad un certo grado d'intensità riconoscibile dalla forma esterna»¹²⁷. L'equità poteva essere il contraltare e anche il correttivo del diritto positivo, quando questo si affezionava troppo alle sue forme, ma una equità che non ricevesse definizione giuridica e non fosse oggetto di consenso non aveva nessuna conseguenza, perché negava l'oggettività sulla quale voleva insistere, e perciò si negava la sua stessa capacità di espressione: «ecco – quindi (è un passaggio decisivo) – il diritto soggettivo, unilaterale; ecco, per meglio dire, il maggior nemico del diritto»¹²⁸.

L'unilateralità del diritto soggettivo, le spinte del quale si presentano al diritto oggettivo nella sua storia come principi generali di equità, doveva essere temperata da una qualificazione giuridica che gli rendeva agibile esprimersi nel mondo del diritto, identificato con la composizione dell'organizzazione politica¹²⁹. La «ricerca positiva» diventava allora l'osservazione, nella storia del diritto, dei modi di questa organizzazione. Era un'osservazione naturalistica che dava luogo, in Scialoja, alla stessa analogia di Serafini con le scienze naturali; se lo faceva, tuttavia, era distaccandosi dalla civilistica: se il diritto romano serviva alla comprensione

¹²⁶ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 194.

¹²⁷ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 195.

¹²⁸ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 196.

¹²⁹ Cfr. nuovamente V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, cit., p. 47 (e vedi il passo citato per esteso *supra* alla n. 120).

«attuale» dei concetti e degli istituti giuridici, serviva anche, e soprattutto, a scoprire le forme del diritto a seconda della loro organizzazione.

Il distacco definitivo della romanistica dalla civilistica si ottenne però qualche anno avanti con Pietro Bonfante. Allievo di Scialoja, egli ne portò avanti l'impegno a aprire il campo di una storia del diritto romano che fosse tale perché lo studiava nella sua costituzione politica. I riferimenti alla scienza giuridica tedesca seguitavano¹³⁰, ma Bonfante si confrontò da vicino meglio con indagini che si estendevano oltre la struttura verso la funzione svolta dai concetti e dagli istituti, come *Ancient Law* di Henry Sumner Maine e la *Geschichte des Alterthums* di Eduard Meyer¹³¹. Questa distinzione tra la struttura e la funzione è importante già nei primi scritti di Bonfante, come il saggio "Res Mancipi" e "res nec Mancipi" del 1888-1889, dove egli sprofondava la proprietà nel contesto dell'organizzazione familiare romana¹³², una organizzazione, quella della *familia*, che fin da subito, come quella della *gens*, veniva rilevata alla luce dei suoi tratti politici¹³³.

Gli studi di Bonfante lo condussero a scoprire nelle forme di organizzazione conservate dal diritto romano «il principio dell'agglomerazione politica per tutti gli scopi indefiniti, necessari o contingenti, di una società politica», principio che permetteva di osservare conformazioni come la *familia* e la *gens*, tradizionalmente contrapposte alla pubblicità dei corpi associativi, come dei «veri organismi politici nel senso largo

¹³⁰ Se Scialoja tradusse il *System* savignyiano, Bonfante completò la traduzione, cominciata da Giuseppe Fadda e Paolo Emilio Bensa, del quarto e quinto volume del *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid.

¹³¹ Cfr. H. SUMNER MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, J. Murray, Londra 1861 e E. MEYER, *Geschichte des Alterthums*, 5 voll., Cotta, Stuttgart 1884-1902.

¹³² Cfr. la ristampa curata dall'autore con il titolo di *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* in P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1918.

¹³³ Cfr. P. BONFANTE, *La "gens" e la "familia"*, 1888, in P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii. I. Famiglia e successione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1916, p. 2: «potendo essere fittizia, e spesso interamente fittizia, la relazione di origine comune, di parentela, sia essa definita (*familia*), o indefinita e immemorabile (*gens, tribus*, ecc.), cioè sia familiare o nazionale, non è mai condizione essenziale, ma presunzione; né io veggio differenza tra questa presunzione e quella per la quale i cittadini di uno Stato si reputano tutti connazionali».

e ideale della parola»¹³⁴. Per studiare i concetti e gli istituti giuridici, la loro struttura doveva essere inserita in quell'organismo politico, del quale erano le funzioni – e Bonfante metteva in chiaro che il nome da dare alla politica era un nome nient'affatto antico:

tutti gli elementi costitutivi di queste molteplici aggregazioni corrispondono pienamente agli elementi costitutivi dell'idea di Stato; [...] nello Stato v'è qualche cosa di piú, che pone una condizione di fatti e di relazioni nuove, ma non tale un elemento che ne alteri l'essenza e distrugga quella natura generale e comune.¹³⁵

All'immagine della *familia* e della *gens* come organizzazioni patriarcali, e perciò precedenti lo stato, Bonfante sostituiva un allargamento dell'intervallo della politica, che finiva per abbracciare ogni forma associativa e era rappresentata dai suoi concetti e istituti giuridici¹³⁶.

Se la storia del diritto poteva apparire come una preistoria, rispetto alla politica moderna, un deposito di corpi impolitici, Bonfante, in tutta la sua opera, insistette che scandagliando il diritto romano si trovava che «veramente primitiva [...] è di regola la cooperazione politica»¹³⁷, l'associazione che esprime una sua organizzazione – e che, quando pure si considerino *familia* e *gens*, che sembrano contrastare alla nostra idea di politica, ciò che ci viene restituito è l'immagine della «autorità

¹³⁴ P. BONFANTE, *La "gens" e la "familia"*, cit., p. 4 (corsivo nel testo).

¹³⁵ *Ibidem*. Nel seguito, Bonfante precisava che, se si vuole distinguere lo stato moderno e le precedenti «agglomerazioni politiche», non si deve rivendicare, di queste ultime, la natura impolitica, bensí sottolineare la capacità dello stato di porsi come «unità politica assoluta» e osservare che solo «nella fase statuale compare per la prima volta spiccata la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato» (p. 16).

¹³⁶ Bonfante, riducendo le organizzazioni patriarcali a degli organismi politici, o sociali (il lessico variava, con predominanza della prima aggettivazione, che serviva per allontanare le concezioni sociologiche allora circolanti), insieme diminuiva l'importanza del comando politico nella loro individuazione: «la concezione di un organismo sociale mosso dall'interesse esclusivo del suo capo è idealmente un assurdo. La stessa proprietà incentrata nel *paterfamilias* non può concepirsi se non come una funzione sociale della famiglia» (P. BONFANTE, *La "gens" e la "familia"*, cit., p. 13). Questa è, forse, una delle prime attribuzioni alla proprietà di una «funzione sociale».

¹³⁷ P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, 1915, in P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari. I. Famiglia e successione*, cit., p. 33.

sovrana di un gruppo autonomo»¹³⁸; la famiglia romana e le genti, infatti, «erano precisamente uno Stato», e «*lo Stato non ha creato, ma invece esaurito via via il carattere politico della gente*»¹³⁹. Ma vale lo stesso per la famiglia, che anzi meglio lo stato ha riportato entro la sua costituzione, ciò facendo, però, dovendone negare i tratti peculiari, che non erano tanto questo o quello, quanto quelli che *in genere* facevano capo alla sua chiusura organizzativa, conseguente all'affermazione e alla conformazione della sua sovranità:

per noi è indifferente il parlare di vincolo paterno o materno, patriarcato o matriarcato; ciò che importa è che la famiglia antica è *esclusiva nel vincolo* precisamente come lo Stato, che essa non ammette una *duplicità* di relazioni sociali.¹⁴⁰

La concezione di Bonfante è significativa in questo, che dirigeva l'osservazione giuridica alla politica intesa come l'organizzazione che segue alla «cooperazione» tra gli individui, tutti interessati da un «vincolo» che li tiene insieme. È un trionfo dell'oggettività, che sfrutta la generalità che il pensiero scientifico stava acquisendo per darsi il modo di scandagliare l'antichità romana, dalla quale si otteneva in Bonfante la conferma che, per parlare del diritto, era possibile riferirsi a «organismi» che avevano *in genere* gli stessi tratti dello stato. Le caratteristiche del vincolo politico passavano allora in secondo piano – e la «ricerca positiva» poteva trovare rappresentato il diritto ogni volta che occorreva un ordine delle attività.

Se la civilistica era stata un tentativo di immergere il diritto nella sua tradizione, concependo il diritto romano come un diritto «vivente» e in continua evoluzione, con Scialoja e soprattutto con Bonfante la romanistica sottrasse l'oggetto delle proprie osservazioni a ogni forzatura di attualità. Al diritto immerso nella sua sonnacchiosa e sempiterna storia romanistica si sostituiva la storia del diritto romano, che acquisiva statuto particolare di disciplina. Tuttavia, ciò non avveniva scaden- do l'opportunità di un confronto con le domande generali, a cominciare dalla messa a frutto dell'eredità della scuola storica: rimanendole vicina, la romanistica si

¹³⁸ P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove*, cit., p. 39.

¹³⁹ P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove*, cit., p. 42 (corsivo nel testo).

¹⁴⁰ P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove*, cit., pp. 47-48 (corsivo nel testo).

occupò sempre di temi che, in seguito e con un clamore per alcuni eccessivo, sarebbero riemersi in dibattiti come quello intorno alla *Freirechtsbewegung*¹⁴¹.

L'intreccio di particolarità e generalità della romanistica è evidente, poi, nella torsione diciamo oggettivistica degli studi di diritto romano, avviata con Scialoja e portata a termine da Bonfante. Nell'impostazione data alla «ricerca positiva» da quest'ultimo, infatti, si vedeva una storia del diritto romano che si serviva dello stato per studiare le complicazioni del diritto romano presso le organizzazioni alternative a quella statale, ma che a questa venivano comunque ricondotte, seppure con la loro propria sovranità: nella particolarità del diritto romano, insomma, era riconfermata la generalità pubblicistica.

La romanistica assumeva allora una posizione sussidiaria. Nella sua parabola, che abbiamo percorso velocemente, possiamo vedere una immagine della scienza giuridica da Savigny a Jellinek, dai sistemi di diritto privato alla scienza del diritto pubblico. Questo ci convince di una cosa, e non della mancanza di originalità degli studiosi romanistici, ma della caratteristica di ostacolo dello stato per la scienza giuridica. Non stiamo dicendo che da Serafini a Bonfante non sia possibile tracciare la linea di un progresso – la romanistica, anzi, rendeva palesi i suoi avanzamenti, dall'inizio scientifico della storia del diritto romano alla scoperta di un me-

¹⁴¹ Se, nel capitolo precedente, abbiamo detto di come Kantorowicz intendesse mettere a profitto alcune intuizioni savignyane che la scienza del diritto pubblico aveva dimenticato, abbiamo visto che la lezione di Savigny andò tutt'altro che smarrita tra i romanisti: in Italia, da Serafini a Bonfante la romanistica affrontò temi come il rilievo della consuetudine, la distanza tra diritto e codice, l'interpretazione e l'«evoluzione» giuridica. Il confronto con la *Freirechtsbewegung* non poté che essere in qualche caso esplicito, benché sbrigativo: cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in «Rivista del diritto commerciale», 9, 1911 (1), pp. 941-948, p. 947, dove si accennava che il diritto libero era «passato un po' di moda, perché le esagerazioni hanno in sé stesse la loro fine», e P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», 21, 1917 (1), pp. 53-72, p. 58, dove si citavano appena le «dottrine aberranti che proclamano il diritto libero». È un confronto, insomma, che si univa al coro delle dismissioni, quello della romanistica con la *Freirechtsbewegung*, ma c'è da dire che gli studi di diritto romano potevano ignorare il movimento del diritto libero perché avevano sviluppato da tempo i temi che questo proponeva come nuovi – e se anche ne dimisero in fretta la rilevanza, possiamo giustificare questi autori considerato che è naturale provare una certa insofferenza davanti a una proposta che aggiunge poco di nuovo e è però roboante nelle sue dichiarazioni (se questa descrizione si applica a Kantorowicz, era quantomeno ingenerosa se si trattava di Gény o di Ehrlich e, in altra misura, di Stammler).

todo rigoroso per la comparatistica e lo studio delle fonti; ma ciò che vogliamo indicare è che nella sua esemplarità questa disciplina particolare si inseriva nel contesto ampio della scienza giuridica e ne portava avanti l'impostazione, occupando gli spazi che apriva alla «ricerca positiva» con la stessa ipotesi della sovranità posta a fondamento della possibilità di un pensiero scientifico sul diritto.

A chi domandasse alla scienza le ragioni della formazione del «concetto del diritto», questa rispondeva generando la sua possibilità storica dalla sua possibilità logica – e a chi volesse consultare una antichità come quella romana, per scoprirvi qualcos'altro dalla modernità dello stato, la scienza giuridica faceva cenno alla romanistica, dalla quale riceveva un rumore statalistico di fondo, nelle molte organizzazioni politiche che verificavano e realizzavano lo stesso concetto del diritto. Finché la scienza giuridica lavora ai suoi concetti e istituti, abbiamo detto, elaborandone e aggiornandone le assegnazioni, non potremo avere niente da ridirle. Segnale del suo lavoro è la varietà dei fenomeni giuridici, visto il nesso che stringe tra loro la concettualità e la fenomenicità del diritto. È però legittimo parlare di varietà, quando una stessa forma di organizzazione politica deve essere ritrovata nel contesto di ogni fenomeno affinché a questo si possa dedicare il lavoro del giurista?

Dopo l'accento fatto all'«impronta romanistica» del diritto in *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Cesarini Sforza non ritornò sulla materia in immediato, fatta eccezione per un articolo del 1918, *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, dal quale prima abbiamo letto che «la scienza del diritto è una delle più antiche» e nel quale la nostra espressione ritorna, senza però all'apparenza lo stesso intento e significato: «se la scienza del diritto ha sempre portato in sé – scriveva Cesarini Sforza – l'impronta romanistica, eterna tuttavia non è la materia del diritto romano»¹⁴².

¹⁴² *Senso e condizioni del progresso*, cit., pp. 241 e 249.

Quella che dovrebbe essere una affermazione triviale non ci sembra esserlo, dopo quanto abbiamo attraversato della sistemazione stalistica del diritto e della parabola della romanistica italiana nel secondo ottocento e all'inizio del novecento. Prendiamo i due estremi, Serafini e Bonfante: certamente era eterna la materia del diritto romano in Serafini, perché la sua «evoluzione» ne faceva una logica incessante; e lo era anche in Bonfante, perché essa era semplicemente e *in genere* l'organizzazione politica. Da una parte, troviamo una storia continua, che si trattava di continuare ancora, senza riuscire a pensarne le fratture; dall'altra, un «punto di vista» scientifico che ambiva trovare una manovra, un colpo di mano, per così dire, per affrontare tutta la storia del diritto.

Abbiamo modo di credere che, quando parlava dell'impronta romanistica del diritto, Cesarini Sforza si riferisse all'uso fatto da parte della scienza giuridica dei concetti e degli istituti di diritto romano nella sistemazione civilistica e stalistica come a una razionalità inevitabile per pensare il diritto: «il sistema del diritto romano può essere quasi identificato collo (*sic*) stesso sistema del diritto scientifico, coll'impalcatura teorica cui si appoggia il pragmatismo dei giuristi empirici». E tuttavia, chiariva Cesarini Sforza, «non si debbono fare entrare per forza nel sistema, per tema di menomare altrimenti l'autorità che esso deriva dalla sua origine storica, i fenomeni nuovi che l'osservazione scientifica scopre»¹⁴³. Il problema era sempre quello della «ricerca positiva», della novità e di come non frustrarne la necessità.

Se la scienza giuridica portava con sé una impronta romanistica, ciò era perché lavorava ai suoi concetti e istituti senza avvicendarli con facilità; tuttavia, se questa transitava nella scienza del diritto pubblico, dove la lunga durata del diritto romano veniva messa a servizio della generalità giuridica, allora dava modo di affermarsi a un concetto del diritto che ne produceva la storia – e questa, nella sua antichità, diventava il luogo dove verificare la realizzazione dei rapporti fissati in quel concetto. Che, tra le scienze, quella giuridica fosse «una delle più antiche» giocava infine a sfavore della scienza del diritto pubblico, sebbene questa affermazione ci sia comprensibile solo dopo quanto abbiamo detto in questo capitolo.

¹⁴³ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 250.

A tutta prima, non sembra dire il vero: attingere al diritto romano permette alla scienza di disporre di un archivio di concetti e istituti che può elaborare e aggiornare, e la loro «evoluzione» le apre spazi numerosi dove applicare la sua «ricerca positiva», trovando conferma della propria impostazione e dandole occasione di svilupparsi nella sua ricchezza di riferimenti; eppure, che la scienza giuridica dovesse confrontarsi con la sua tradizione le forzava la mano, se voleva essere generale, a estendere la sua razionalità alla sua storia, estensione che, però, la sua fissazione sullo stato non le permetteva di portare a termine appieno. La conflazione di possibilità storica e possibilità logica aveva generato un «ostacolo» per il pensiero scientifico. Se aveva risposto alla domanda sul suo *come*, lo aveva fatto rimuovendo la domanda sul suo *da quando*.

Quando parlava della formazione del diritto, la scienza giuridica non parlava delle sue ragioni, perché non sapeva farlo – e si lanciava sconsiderata nella sua antichità. Eppure, se azzardiamo dedicarci da vicino ai fenomeni che diciamo giuridici, vedremo che c'era modo di fare funzionare altrimenti l'impronta romanistica del diritto. È ciò che proveremo a dimostrare nel prossimo capitolo, dove si tratterà di aprire lo spazio di una considerazione del diritto alternativa agli esiti oggettivistici della scienza giuridica. Al Cesarini Sforza giovane scrittore dei *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto* e di *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, il Cesarini Sforza dei contributi a giornale fino alla fine della prima guerra mondiale, questi esiti erano chiari (è ciò di cui abbiamo provato a renderci conto fino qui). Davanti a una scienza che era dovunque una scienza del diritto pubblico, alla riflessione filosofica non rimaneva che anticipare di nuovo un soggettivismo capace di consultare altrimenti la storia del diritto e in specie di togliere il diritto soggettivo al circolo dell'oggettività e della definizione in cui era stato catturato, secondo quell'euristica, che proprio la scienza del diritto pubblico ci ha presentato.

Cap. 3

Come volere l'azione altrui

*9. Perché obbedire? La norma e il comando – 10. Perché cooperare? La possibilità «viceversa» del diritto soggettivo –
11. Perché fare scienza? Le ragioni di una critica*

Lo splendido isolamento che ho cercato è andato in pezzi.
CHINA MIÉVILLE, *Perdido Street Station*

Perché obbedire? La norma e il comando

Di che cosa si occupa la scienza giuridica? Osserva il mondo del diritto, ma che cosa le restituisce l'osservazione? Se il suo accesso concettuale alla realtà le scopre una natura, che cosa ci convince di sapere quale è il suo ordine di fenomeni? Domande simili ci spingono a confrontarci con l'insufficienza di trattare il nesso tra la concettualità e la fenomenicità giuridica partendo dalla prima senza pensare la composizione della seconda. Se la scienza giuridica è scienza naturale, ciò significa che i fenomeni che individua rappresentano il suo luogo caratteristico – e questa non può restare una affermazione generica, ma deve scendere nelle complicazioni di chiarire il «punto di vista» scientifico sul diritto, prendendo sul serio il fatto che, se osserva il diritto, la scienza osserva *qualcosa*.

Quando il giurista fa ricerca, si trova davanti le norme. La produzione normativa predispone un ordine delle attività e le norme ne rappresentano i segnali, corrispondendo a un bisogno di regolarità: il pensiero scientifico ha bisogno di riscontrare delle regolarità di comportamento, esse lo devono impegnare nella loro spiegazione, o altrimenti non sarà chiaro perché ci sia scienza, e di che cosa. Se le attività non avessero un ordine, in breve, non ci sarebbe scienza giuridica. E tuttavia, in che senso le norme sono i segnali di un ordine delle attività? L'ordine segnalato potrebbe essere un ordine *voluta*, nel senso in cui le norme indicherebbero che una volontà si è diretta a regolare i comportamenti degli individui.

Con le norme avremmo, allora, dei tentativi, degli *interventi normativi* a instradare i comportamenti verso il loro svolgimento regolare.

Secondo Cesarini Sforza, dire così non era lontano dal vero, ma le sue riflessioni filosofiche lo convinsero che, per dirlo davvero, occorreva affrontare l'impossibilità scientifica di concepire le norme come degli esperimenti definiti anche, e soprattutto, dalla loro capacità di fallire: bisognava che la filosofia del diritto ricordasse alla scienza che la normatività non può essere presa *at face value* senza considerarne l'affermazione e la conformazione.

Se nel capitolo precedente delle norme abbiamo affatto parlato, lo abbiamo fatto in sordina rivolgendoci alla traduzione, peculiare del diritto, della regolarità in obbligatorietà. Abbiamo concluso come questa trascrizione sia dirimente per individuare l'ordine di fenomeni che costituisce la singolarità del dominio epistemico della scienza giuridica, concludendo inoltre come la ricerca, non di una regolarità qualsiasi, ma di una regolarità obbligatoria, imprima sui comportamenti un carattere oggettivo, rimuovendone la soggettività. L'osservazione restituisce le attività in un circolo dell'oggettività e della definizione e la scienza può pensarne la regolarità nella misura in cui contribuiscono al movimento del «concetto del diritto», intendendo la regolarità come un momento dell'obbligatorietà che possiamo chiamare giuridica. In particolare la regolarità s'inscrive entro il diritto soggettivo, che nel rapporto giuridico viene contrapposto a un obbligo, rappresentando scientificamente i comportamenti individuali. Per parlare altrimenti del diritto soggettivo, occorre prendere sul serio che la scienza giuridica, in quanto è scienza naturale, è una scienza *di fenomeni* – e il diritto soggettivo potrebbe anche non servire a rappresentare i comportamenti individuali nella loro regolarità.

Ora, se il discorso della scienza giuridica è impostato sull'obbligatorietà, viene da sé che le norme, che concepiamo come strutture obbligatorie che segnalano un ordine delle attività, ci aiutano a porre la domanda alla quale il pensiero scientifico invita il diritto a rispondere: *perché le norme sono obbedite?* In altri termini, perché i comportamenti *devono* essere regolari, e non altrimenti? Diciamo che se, per chiudere il movimento del suo concetto, alla scienza serve di trovare la sovranità (o la generalità) del (o di un) diritto, è perché del diritto facciamo scienza quando diamo una ragione dell'obbligatorietà delle norme. Ma, lo abbiamo visto, se le risposte della scienza generale comportano una spiegazione dell'obbligatorietà che non sa fare a meno dello stato (o dell'organizzazione politica *in genere*), che la scienza

ritrova alle spalle di ogni fenomeno giuridico fino a renderne indistinte le assegnazioni, sussumendo la sua possibilità storica alla sua possibilità logica, allora la filosofia del diritto non deve continuare la scienza giuridica¹; invece, essa dovrà ricordarle che l'oggettività dell'ordine che scopre deve essere riportata alla soggettività dei comportamenti, dove ci domandiamo piuttosto: *dobbiamo obbedire le norme, ci è possibile farlo, e come?*

Da quanto è emerso nel capitolo precedente, dove abbiamo affrontato *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* e gli articoli degli anni successivi, che ne svolgevano le premesse, – tra gli altri, *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura* (1914) e *Senso e condizioni del progresso nella scienza giuridica* (1918), – ci è sembrato chiaro che l'obbligatorietà che la scienza usa per descrivere giuridicamente i comportamenti individuali sia derivata come una funzione della sovranità (o generalità) del diritto. Ma, questo è ovvio, non è l'unico modo di concepirla, e anzi non è il più diretto – ci basta guardare alla struttura obbligatoria della norma per accorgersene.

Cesarini Sforza esplorava la struttura della norma in un breve e affascinante articolo, *Norma e sanzione* (1921), dove egli arrivava alla conclusione negativa per la quale «il diritto vige e si afferma secondo la sua natura, non solo senza bisogno di costringimenti fisici, ma anche senza bisogno della minaccia o paura di questi costringimenti»². Di fronte a una conclusione negativa, è bene fare attenzione a ciò che essa nega, perché per negarlo deve accettarne la plausibilità. La conclusione cesariniana, infatti, si metteva in gioco confrontandosi con una maniera esplicita di parlare dell'obbligatorietà, intendendo le norme come *imperativi giuridici*³.

¹ Cfr. ancora l'*Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 52 (vedi *supra*, cap. 2, p. 133): «Il pensiero filosofico presuppone la scienza soltanto per criticarla: quindi non la continua, ma le si contrappone».

² *Norma e sanzione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (1), pp. 60-67, p. 66.

³ La concezione scientifica della norma come imperativo giuridico viene fatta risalire nella sua precisa (e celebre) formulazione a August Thon: «*Das gesammte Recht einer Gemein-*

L'obbligatorietà può essere un postulato scientifico che serve a chiudere la rappresentazione del mondo del diritto, ma non potrebbe essere, semplicemente, il risultato di un comando? Come vedremo, non è facile concepire le norme come dei comandi; c'è molto da discutere e da risolvere, quando l'obbligatorietà non viene concepita scientificamente, ma investe gli individui e i loro comportamenti in modo, per così dire, sensibile. In altri termini, non dovremmo giudicare duramente la scienza, senza prima avere esplorato le ragioni che hanno condotto alla sua sistemazione dei fenomeni giuridici dalla quale escludeva il comando⁴.

chaft ist nichts als ein Complex von Imperativen, welche insofern mit einander verknüpft und verbunden sind, als die Nichtbefolgung der einen für andere häufig die Voraussetzung des Befohlenen bildet» (A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, H. Böhlau, Weimar 1878, p. 8 – in questo passo, incidentalmente, ritroviamo il senso di quanto Cesarini Sforza affermò della coazione riscritta nell'accostamento tra due azioni, vedendo come in Thon l'imperativo si preoccupava di applicarsi anche nei casi di inadempimento; ne abbiamo parlato *supra*, vedi cap. 1, p. 96 e cap. 2, p. 164). Sull'imperatività della norma possiamo rimandare anche al positivismo di John Austin: «*Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command*» (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, poi in ID., *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, J. Murray, Londra 1885⁵, corsivo nel testo; vedi pure p. 96: «*A law is a command which obliges a person or persons*»), ma non ci azzardiamo a dire di più sulla complicata faccenda dei legami della scienza giuridica continentale con la *Jurisprudence* inglese. Sulle diverse concezioni della norma giuridica, cfr. l'ampio F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè 1978, pp. 328-393, in particolare le pp. 332-341 sull'imperativismo; per orientarsi tra i temi, cfr. invece il breve ID., *Normativismo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano 1978, pp. 543-545.

⁴ In *Norma e sanzione*, Cesarini Sforza riferiva la scienza giuridica ai suoi ultimi e promettenti sviluppi. Prendeva atto soprattutto della novità degli studi di Hans Kelsen, che si era avviato all'ideazione della sua *reine Rechtslehre* con l'affermazione di come fosse «*unzulässig [inammissibile, improponibile] die Rechtsnorm oder das Recht als Imperativ zu charakterisieren*» (H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911, p. 54, corsivo nel testo). Sul superamento kelseniano della norma come imperativo giuridico, cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milano 1965, pp. 432-509, *passim* (utile pure la n. 50 sull'imperativismo giuridico). È noto che Kelsen intendeva la struttura della norma giuridica non come imperativa, ma come ipotetica: non come la relazione immediata tra una volontà e il soggetto che ne è destinatario, ma come il collegamento tra fattispecie e sanzione (secondo la logica della *Zurechnung*, l'imputazione che fa capo alla *Rechtsordnung*, l'ordinamento giuridico). L'imperativismo giuridico, per Kelsen, aveva il difetto di essere una concezione soggettivistica del diritto e non riusciva a giustificare l'oggettività. Invano ci si sarebbe sforzati di stabilizzare il diritto se a suo fondamento si metteva la relazione

In *Norma e sanzione*, Cesarini Sforza cominciava con l'ipotesi che la norma fosse un «imperativo giuridico», un «comando o divieto rivolto dalla volontà dello Stato alla volontà dei cittadini»⁵. La norma si comporrebbe di due momenti: un momento oggettivo, quando lo stato manifesta la sua volontà, obbligando, e un momento soggettivo, quando i «cittadini» gli conformano le loro attività, obbedendo. Che la norma si applichi o si realizzi, significa allora che tra i suoi momenti si ottiene una relazione comprensibile. La relazione può essere «immediata e diretta» oppure «mediata e indiretta»⁶. Nel primo caso, avremmo che i «cittadini», cioè gli individui, agirebbero in conformità con la volontà dello stato, cioè la volontà che comanda, perché questa *lo vuole* – qui, la forza del comando risiede e si conclude nel fatto che una volontà si manifesta con l'intento di regolarne i comportamenti; nel secondo caso, invece, tra i due momenti della norma avverrebbe una «mediazione». Ma, sosteneva Cesarini Sforza, non si capisce perché la semplice manifestazione di una volontà dovrebbe indurre all'azione. Una volta che la volontà e l'azione sono state separate (la volontà appartiene al momento oggettivo della norma, l'azione a quello soggettivo), occorre un terzo elemento a ricomporle – e questo elemento è la sanzione, senza la quale, scriveva Cesarini Sforza, non ci sarebbe «ponte di passaggio»⁷ tra la volontà che comanda e l'azione di chi obbedisce.

Forse, però, ci mettiamo sulla cattiva strada, scoprendo nell'imperativo giuridico due momenti separati, una volontà da una parte e una azione dall'altra; forse, invece, l'imperativo giuridico aspira a provocare negli individui la stessa volontà di chi comanda, a «suscitare nel destinatario del comando la volontà dell'azione comandata»⁸. Capiamo bene la differenza, che è sottile, ma ha molta importanza.

di comando, la relazione tra chi comanda e chi è comandato. La negazione dell'imperatività della norma, che Kelsen otteneva inaugurando in tutto e per tutto l'oggettivismo giuridico, era stata tuttavia preparata all'altezza della scienza del diritto pubblico, che, a suo modo, aveva cercato di circoscrivere il comando politico a una sua considerazione giuridica, ovvero l'aveva ricompreso in una generalizzazione della volontà statale. Da Gerber a Jellinek, lo stato era non già la scaturigine puntuale di una volontà rivolta ai cittadini, ma quell'ente giuridico, che organizza la stabilità di un corpo sociale. La scienza del diritto pubblico è così la stazione di transito tra il soggettivismo e l'oggettivismo giuridici.

⁵ *Norma e sanzione*, cit., p. 60.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Norma e sanzione*, cit., p. 62.

⁸ *Norma e sanzione*, cit., p. 61.

Una cosa è dirigere una volontà a un'azione, altra dirigerla a un'altra volontà. Se dirigiamo la volontà a un'azione, ma questa azione non è la nostra, bensì quella di altri, abbiamo bisogno che ci sia qualcosa a colmare la distanza tra la nostra volontà e l'azione altrui. La sanzione servirebbe in questo senso. Quando vogliamo qualcosa, possiamo agire di conseguenza; ma se non agiamo noi, bensì vogliamo che, di conseguenza alla nostra volontà, agiscano gli altri, non è scontato che l'azione che vogliamo avvenga. Affinché sia lecito, da parte nostra, attenderci l'azione che vogliamo, abbiamo bisogno di una mediazione. La sanzione non sarebbe necessaria a mediare se, invece di dirigere la nostra volontà all'azione altrui, la dirigessimo a un'altra volontà, comandandole di volere la nostra azione. Così, la volontà che comanda spingerebbe un'altra volontà a volere ciò che vuole, cioè una certa azione, e non ci sarebbe separazione tra la volontà e l'azione, che si troverebbero ricongiunte nell'individualità di chi riceve il comando e obbedisce. Non dovremmo parlare della sanzione, ne verrebbe meno l'opportunità. Eppure, per Cesarini Sforza, ciò contraddirebbe la struttura del comando, perché, scriveva, «una manifestazione imperativa non è possibile se non in quanto si esclude che il suo destinatario possa, di fronte ad essa, conservare e far valere la volontà propria»⁹ – ovvero un comando non è tale se lascia a chi lo riceve l'esercizio della sua volontà: l'azione che risulta dal comando deve seguire in esclusiva dalla volontà di chi comanda, altrimenti di comando non parliamo affatto.

Non ci resta che parlare della sanzione, che è ciò che media tra una volontà e un'azione quando esse non pertengono all'individualità di un comportamento, ma una volontà azzarda di rivolgersi all'azione altrui, comandando. L'imperativo giuridico non è altro che questo, un «“volere l'azione altrui”»¹⁰. Se non è questo, possiamo parlare di convincimento o di persuasione, non di comando. Diventa fondamentale pensare che cosa ricompona una volontà e una azione quando, è il caso del comando, la loro reciprocità non sia garantita dall'individualità di un comportamento. Carente la loro ricomposizione, infatti, nel mondo del diritto viene inserito un che di aleatorio, che non sta bene con il bisogno scientifico di trovare una qualità certa per la sua oggettività.

⁹ *Norma e sanzione*, cit., pp. 61-62.

¹⁰ *Norma e sanzione*, cit., p. 61.

Non ci serve molto per convincercene perché, scriveva Cesarini Sforza, «basta la piú semplice introspezione» per accorgersi che «la “volontà” senza l'azione non è che velleità, desiderio, impulso» e «l'“azione” senza volontà non è che un movimento irriflesso, abitudine, attività inconscia»¹¹. Se, cioè, la norma è un imperativo giuridico, un comando, se con la norma aspiriamo all'obbligatorietà come carattere giuridico dirimente, e se, però, non abbiamo modo di giustificare ciò che si realizza nell'applicazione della norma, ovvero il «ponte di passaggio» tra la volontà che comanda e l'azione che si compie obbedendo a tale volontà, ci rimarrebbe per le mani l'azzardo di una volontà al comando e l'automatismo di un'azione obbediente. Se non riusciamo a spiegare la relazione di comando, dove avviene il tentativo di «volere l'azione altrui», non possiamo trovare nulla di obbligatorio, o meglio di obbligante, nelle norme, che d'altra parte, se sono norme *giuridiche*, dovranno avere a che fare con l'obbligatorietà, che, ancora, è tuttavia il loro carattere dirimente.

Come dunque è concepibile che si possa «volere» l'attività altrui? Come è possibile che mentre i due elementi «volere» e «agire» non hanno realtà se non nella loro fusione immediata e nell'atto pratico individuale, possa invece realizzarsi un atto pratico di cui l'elemento volitivo sorga in una coscienza, e l'elemento attivo in un'altra separata dalla prima da tutta la misteriosa distanza che intercede fra mondi psichici diversi?¹²

Ne va della possibilità di concepire la norma come un imperativo giuridico rivolto dallo stato ai «cittadini», di concepire, quindi, il diritto come il mondo dove la volontà dello stato riesce a comandarli, obbligandoli a determinati comportamenti. I termini dell'argomento cesariniano sono del resto generali, perché ne va della possibilità di concepire la norma come un imperativo giuridico e, perciò, di immaginare che la relazione di comando possa dare luogo a un fenomeno giuridico. «Volere l'azione altrui» deve essere possibile, e deve esserlo *in genere* e non *nello specifico*, ovvero deve esserlo all'infuori di ogni ipotesi particolare sulle caratteristiche di chi fa parte della relazione di comando.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

La domanda rimane quella con cui abbiamo aperto, la domanda con la quale ci chiediamo perché gli individui debbano comportarsi regolarmente, perché siano tenuti a obbedire un comando, a seguire le norme. In questo senso la sanzione è importante, perché, meglio di una semplice manifestazione di volontà, sembra riuscire a spiegare l'obbedienza dei «cittadini», ovvero, *in genere*, degli individui. E la scienza giuridica, in questa prospettiva incentrata sugli imperativi giuridici, ha bisogno della loro obbedienza, perché è da lì che deriva il senso delle regolarità che deve poter osservare.

Ora, continuava il ragionamento Cesarini Sforza, se l'obbedienza al comando si spiega non a partire da una manifestazione di volontà ma a partire dalla sanzione, possiamo riscrivere i momenti dell'imperativo giuridico: il momento soggettivo rimarranno i comportamenti degli individui che agiscono in conformità con le norme, ma il momento oggettivo diventerà la sanzione¹³. Invece che cercare di ricomporre la volontà e l'azione immediatamente, accettiamo la mediazione, dandole risalto e sopprimendo la volontà che comanda, perché, se vuole qualcosa, essa non lo ottiene perché lo vuole, ma perché lo *sanziona*. Cesarini Sforza tagliava corto sulla struttura dell'imperativo giuridico, che consisteva di due termini, una volontà e una azione, e della loro mediazione, la sanzione, lasciando la mediazione e il secondo termine. L'espunzione del primo termine, la volontà, ribadiva che «la manifestazione di volontà in sé stessa, e da sola, non significa nulla», anzi «non ha alcuna efficacia»¹⁴.

Anche questa, però, non poteva che essere una soluzione provvisoria e in ultima istanza insoddisfacente. Vediamo perché. Sarà sufficiente ricondurre la sanzione allo stesso impianto che la volontà usava per affermarsi, nella sua oggettività, per renderci facile concludere che incorriamo negli stessi problemi – e un problema su tutti, quello di non sapere rispondere alla domanda sul perché gli individui dovrebbero obbedire a un imperativo giuridico. A prima vista, la sanzione sfugge a questi problemi perché essa non è una manifestazione di volontà; con la sanzio-

¹³ «Il vero elemento obbiettivo dovrà essere visto nella “sanzione” (minaccia – paura della coazione)», alla quale «corrisponde subbiettivamente la determinazione [dell'attività] che della coazione potrebbe risentire gli effetti» (*Norma e sanzione*, cit., p. 62).

¹⁴ *Ibidem*.

ne, si tratta infatti solo di una «volontà argomento o materia di una “dichiarazione teorica”, di una proposizione logica, di una espressione verbale»¹⁵. E però, questo non gioca fino in fondo a suo favore, perché «anche la sanzione, in quanto è una minaccia, se agisce, agisce nello stesso modo di [una] manifestazione di volontà, la minaccia non essendo che la “dichiarazione di volere un male futuro”»¹⁶. Il carattere di mediazione che la sanzione possiede non può essere espunto. Come tale, essa rimanda sempre indietro a una manifestazione di volontà. Occorre allora che ci dedichiamo alla sanzione non per sostituirla alla volontà che comanda, ma per spiegare «in quale modo e perché colui che comanda si sente autorizzato ad escludere, in colui al quale rivolge il comando, una volontà diversa dalla sua»¹⁷.

Per non lasciare la volontà che comanda e l'azione che le *deve* seguire sprovviste della mediazione che richiedono, possiamo immaginare che gli individui obbediscano un comando per motivi oggettivi e per motivi soggettivi. Dei motivi oggettivi abbiamo discusso: un motivo oggettivo per obbedire sarebbe che un comportamento sia stato *sancito* come obbligatorio. Ci rimane da spiegare però perché a una simile oggettività dovrebbe fare seguito una soggettività conforme. È il problema dal quale abbiamo preso avvio. Potrebbero valere, d'altronde, dei motivi soggettivi, considerando la sanzione «nel suo aspetto subbiiettivo, come “timore del male”»¹⁸. Ma questo renderebbe l'imperativo giuridico solamente probabile, e un imperativo giuridico che non sia necessario, che cioè non escluda sempre e comunque in chi obbedisce una volontà difforme, non è un imperativo. Se ne può concludere che, una volta assunto che la norma sia un comando, e siccome un comando non si rivolge alla volontà di chi lo riceve, ma alla sua azione, ovvero comandare significa «volere l'azione altrui», non c'è modo di ricomporre la volontà e l'azione che avevamo separato. Ciò vuol dire che, quando dobbiamo giustificare perché gli individui obbediscano le norme, non riusciamo a farlo. E ci si spiega perché, quando la scienza giuridica si occupava dell'obbligatorietà, come abbiamo visto, non lo faceva a partire dal comando rivolto dalla volontà dello stato agli individui, ai

¹⁵ *Norma e sanzione*, cit., p. 63.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Norma e sanzione*, cit., p. 64.

¹⁸ *Ibidem*.

«cittadini», ma intendeva l'obbligatorietà come il risultato del movimento del concetto del diritto, il risultato dell'osservazione del mondo del diritto a cominciare dalla regolarità dei comportamenti individuali in quanto essa è obbligatoria, come, cioè, la risultante della singolarità dell'ordine di fenomeni individuato dalla scienza giuridica.

Constatando l'insufficienza di acquisire l'oggettività giuridica dalla struttura del comando, e altrettanto l'insufficienza di sospettare motivi soggettivi per l'obbedienza, il pensiero scientifico legava la sua oggettività alla sovranità (o generalità) del diritto, facendola derivare dalla misura del suo accesso concettuale alla realtà come il carattere dirimente della sua natura. Se, infatti, l'imperativo giuridico non ha un motivo rigoroso per essere obbedito, del diritto non si può fare scienza su questo fondamento. Era in conseguenza di ciò che, benché abbiamo discusso a lungo dell'obbligatorietà, non lo abbiamo fatto in quello che potrebbe sembrare il suo contesto naturale, il contesto dove, se qualcosa è obbligatorio, è sensato assumere che ci sia un ordine, un divieto, una ingiunzione, ovvero un comando, a renderlo tale. Quando la scienza giuridica è scienza naturale, essa deve evitare di concepire le norme come comandi, o altrimenti non riuscirebbe a osservare le regolarità necessarie per comporre il suo ordine di fenomeni, la sua natura.

Come tanti degli assunti filosofici di Cesarini Sforza, anche questo interessa da vicino la scienza giuridica e ne restituisce il pensiero, servendo, del resto, a ripensarla. Parlare dell'obbligatorietà attraverso il comando può (a giusta ragione) confonderci, dopo quanto abbiamo discusso nel capitolo precedente: sebbene sia una ipotesi naturale, quella di intuire che se qualcosa è obbligatorio ci sia qualcosa che lo renda tale, qualcosa, cioè, che obblighi (se qualcosa è obbligatorio, qualcos'altro è obbligante), ciononostante noi abbiamo percorso il movimento del concetto del diritto, che prende una regolarità e la dispone in direzione dell'obbligatorietà, senza fare parola del comando – abbiamo attraversato la naturalità della scienza giuridica senza bisogno di questa ipotesi «naturale». Ma ciò si giustifica in base a uno sviluppo del pensiero scientifico: per Cesarini Sforza, era lo sviluppo che aveva convinto la rappresentazione scientifica a fare a meno di un'altra ipotesi, quella della volontà del legislatore.

Per capire in che senso, ci dobbiamo riferire adesso a un'elegante sottigliezza nascosta nelle riflessioni filosofiche cesariniane sulla scienza giuridica. Non era a caso, infatti, che dicevamo che la filosofia del diritto non deve *continuare* la scienza giuridica. La filosofia del diritto si dispone accanto alla scienza anche qui, carpendo alla scienza questa idea di una continuità, per negarla. Se la filosofia del diritto non continua la scienza giuridica, è perché interrompe una rappresentazione che il pensiero scientifico ha continuato a sua volta, rilanciandola. Dobbiamo pensare bene questa affermazione e, per farlo, ci servirà studiare ancora la norma. Del resto, per il giurista, le norme sono, per così dire, degli oggetti d'affezione: le osserva, le formula perfino, ma soprattutto le trova. Allora, però, qualcosa dovrà averle prodotte. E tuttavia, in che rapporto sta la sua «ricerca», la sua scienza, con la produzione normativa? La scienza, scriveva Cesarini Sforza, che «adopera» la norma «per i suoi scopi conoscitivi», è «il prolungamento o perfezionamento del processo conoscitivo ingenuo da cui la norma è derivata»¹⁹.

¹⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 57. Cfr. similmente p. 9, n. 2 (corsivo nel testo): «qualche elemento di scienza si rinviene sempre, o spontaneamente sorto o disceso dalla sua propria sfera, anche nella conoscenza volgare [...]. La scienza, *stricto sensu*, non è che il prolungamento, o il perfezionamento, a scopi puramente teorici, dei processi mentali con cui ogni uomo trasforma il mondo della realtà in un mondo di "cose" e di "fenomeni"». E cfr. anche p. 12: «Il processo mentale con cui si forma il diritto è [...] egualmente inconscio per l'uomo moderno come per l'uomo primitivo». È arduo che non si veda in queste affermazioni cesariniane l'eco di quelle «*innere, stillwirkende Kräfte*», di quelle forze interne e silenziose, che Savigny aveva messo all'origine del diritto (F. C. V. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814, p. 14) e che in seguito avrebbero ricevuto il nome impegnativo di *Volksgeist*, spirito del popolo, fino all'affermazione che il diritto «*hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist*» (ID., *System des heutigen römischen Rechts*, I, Veit und Comp, Berlino 1840, p. 24), «ha la sua esistenza nel comune spirito popolare» (ID., *Sistema del diritto romano attuale*, I, Unione Tipografico-Editrice, Torino 1886, p. 50). Il *Volksgeist* savignyiano, del resto, era il concetto cardine della storicizzazione del diritto, processo inaugurale della sua scientificità moderna; era da questo che derivavano i problemi con i quali la scienza giuridica si confrontava, cercando di spiegare come il pensiero scientifico dovesse lavorare ai concetti e agli istituti prodotti nell'invisibilità, nel silenzio, nell'ingenuità, nell'inconscio della storia. Su Savigny, ci fa piacere rinviare a un autore che non frequentiamo da un po', per cui cfr. il nostro H. KANTOROWICZ, *Savigny and the Historical School of Law*, in «*Law Quarterly Review*», 53, 1937 (3), pp. 326-343 (nelle pagine iniziali, Kantorowicz spiega come in Germania Savigny avesse raggiunto, tra ottocento e novecento, uno statuto paragonabile a quello di Goethe, a segnale che un confronto con le sue posizioni era, per il giurista, irrinunciabile – e non ci deve stupire,

Che *qualcosa* preceda la scienza, qualcosa che la scienza continua, non è banale, ma deriva dall'assunzione della sua naturalità: se è naturale, la scienza giuridica lo è perché mette a precederla la produzione normativa – i comportamenti individuali che si danno un ordine (essa rappresenta questi comportamenti come la sua natura); e perché, poi, non provoca una separazione decisiva tra l'ingenuità di vivere nel mondo del diritto e la rigosità di osservarlo scientificamente (la scienza intende rappresentare fedelmente la regolarità dei comportamenti che osserva e ai quali vuole essere capace di ritornare). La produzione normativa, quindi, può essere presentata come un requisito della scienza giuridica. Abbiamo già affermato, solo in altri termini, che, se le attività non avessero un ordine, non sarebbe chiaro di cosa ci dovrebbe essere scienza, e infatti la produzione normativa è proprio questo, il darsi un ordine dei comportamenti individuali²⁰.

Se pensiamo la continuità della scienza con la produzione normativa, ci accorgiamo, inoltre, che banale non è nemmeno capire come darle un contenuto. Dire che la scienza sia la continuazione della «conoscenza» del diritto è possibile intanto secondo due riguardi, diversissimi tra loro: in primo luogo, è possibile dire che la volontà del legislatore raccolga e sistemi le volontà individuali; in secondo luogo, è possibile dire che la scienza sia l'espressione logica dell'ordine delle attività adibito su scala individuale. Affrontiamo ora meglio nel dettaglio questi due raccordi della scienza con la produzione normativa. Dalla loro discussione, emergerà sia il significato *reale* di chiamare «naturale» la scienza giuridica, sia il senso di affermare che la filosofia del diritto debba interrompere la rappresentazione scientifica del diritto. Ci occuperemo, in breve, di collocare entro la storia della scienza

allora, che le riflessioni di Cesarini Sforza ripetessero anche qui lo stesso punto di partenza, la stessa problematicità, della scienza giuridica).

²⁰ Sull'individualità della produzione normativa, cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 20 (corsivo nel testo): «Si parla di norme, di leggi, di convinzioni anindividuali, in virtù della *forma logica* astratta, generale, che le esprime [...]: ma in quanto la norma si trasforma in realtà vivente [... nelle] coscienze [...], essa corrisponde ad un atteggiamento singolo, unico, irriducibile dell'individualità soggettiva. La generalità delle norme [...] è più supposta che reale (la ripetizione identica dello stesso comportamento è praticamente impossibile)»; si noti che, qui, non stiamo uscendo dal movimento del «concetto del diritto»: l'individualità alla quale ci stiamo riferendo è quella che la scienza giuridica si rappresenta all'altezza del suo primo momento, non quella che speculativamente possiamo assumere che la preceda.

giuridica i risultati provvisori delle nostre riflessioni filosofiche sulla scienza e sul diritto.

In diritto, non siamo capaci di pensare la volontà del legislatore senza pensare il codice. La codificazione è l'operazione tramite la quale il legislatore interviene nella produzione normativa e è, al tempo stesso, una raccolta e una sistemazione delle norme che predispongono un ordine delle attività: è una raccolta perché sarebbe velleitario se il legislatore presupponesse di separarsi del tutto dal contesto dove il codice deve avere effetto – e perciò le norme che raccoglie sono il risultato dei comportamenti sui quali il codice andrà a insistere; ma è anche una sistemazione, perché le norme vengono presentate nel codice in base al criterio secondo il quale ne viene riportata la forza all'emanazione da parte della volontà del legislatore. Con il codice si assume, allora, che ci sia dell'ordine nelle attività, che ci siano, cioè, delle norme da raccogliere. La produzione normativa deve però essere sistemata: il legislatore avvicenda il proprio ordine, l'ordine del proprio codice, a quello che si riscontra nelle attività. Possiamo sostenere che, in questo avvicendamento, ci sia continuità tra ciò che è raccolto e ciò che è sistemato: il legislatore chiama a sé le norme che gli individui «conoscono», prestandogli il supporto della sua volontà.

In altre parole, per affermare che, con il codice, il diritto sia inventato, dovremmo rifarci all'ambiguità del termine «invenzione», che indica che, quando scopriamo qualcosa, in un certo senso questo precede la scoperta, che tanto è un'invenzione quanto è un rinvenimento (*ius inventum*). Si fa prima a affermare che i codici prendono le mosse da una produzione normativa che li precede, continuandola. Che i codici proponano qualcosa *di nuovo* rispetto alle norme che essi raccolgono e sistemano (non sfugga, un'altra volta, l'ambiguità), si può d'altronde argomentare per due ragioni: da una parte, codificare è una operazione scientifica, che presuppone e rende manifesta la distinzione tra un «conoscere» le norme e un farne scienza; dall'altra, se codificare è un'operazione sulla base della volontà del legislatore, le norme, in quanto sono codificate, sono sottratte alla loro produzione

per essere emanate da quella volontà. La loro resa nel codice traspone le norme in un orizzonte scientifico, dove non è questione chiedersi come esse siano state prodotte, ma si tratta di riportare il loro ottenimento all'obbedienza degli individui al comando di una volontà che le emana e che è la volontà del legislatore. Le norme, quindi, non sarebbero altro che le manifestazioni di una volontà che comanda.

Ora, se è caratteristica del legislatore l'operazione che realizza il codice, e se, nel codice, le norme sono i comandi che il legislatore rivolge agli individui, è chiaro che qualcosa cambi quando non ci si limita a conoscere le norme, ma se ne fa scienza in questo modo, raccogliendole e sistemandole²¹. E tuttavia, che qualcosa cambi non implica che sia discontinuo rispetto a quanto lo precede. Che tra la conoscenza delle norme e la scienza ci sia uno scarto è evidente invece perché, se la scienza continua quanto la precede, ebbene non significa che non possa essergli di «ostacolo»²².

I codici, ancora, ne sono la prova: la scienza si attarda nella loro interpretazione, dimenticando la produzione normativa²³. Quindi, la produzione normativa risente di questa impostazione: poiché viene stipulato che le norme hanno forza in quanto sono emanate dal legislatore, poiché, cioè, manifestano la sua volontà, la

²¹ Quando diciamo che c'è una differenza tra «conoscere» le norme e farne scienza, ci riferiamo alla stessa differenza che corre tra la produzione normativa e la scienza giuridica. La conoscenza del diritto e la produzione normativa stanno su uno stesso piano: il piano dove le norme sono conosciute per sapere come comportarsi è lo stesso dove esse sono prodotte, perché è la scienza (lo stiamo vedendo nel caso dell'ipotesi della volontà del legislatore) a introdurre una verticalità di riferimento che non va presunto esserci.

²² *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», 22, 1918 (3-4), pp. 241-265, p. 247. Vedi *supra*, cap. 2, pp. 137 e 141-142.

²³ Cfr. *Senso e condizioni del progresso*, cit., pp. 245-246 (corsivo nel testo): «Opera arbitraria sono le codificazioni, le quali presuppongono una scienza del diritto adulta, ma ne arretrano, almeno momentaneamente, l'ulteriore sviluppo, [...] perché non vengono considerate [...] semplici ed incompleti riassunti di determinate parti del sapere giuridico, pronteggiati di formole (*sic*) per risolvere le controversie, ma espressione della "volontà del legislatore", per il cui mezzo la volontà giuridica è stabilita una volta per sempre, sicché diventa inutile ricercarla più oltre. La legislazione, in genere, offre un'immagine del diritto vigente, mentre scopo della scienza è l'osservazione del diritto *vivente*, che può essere una quantità maggiore o minore del primo, ma di solito coincide solo parzialmente con esso».

formulazione codicistica diventa il solo luogo dove le norme possono essere prodotte, escludendo che ci possa essere produzione normativa altrove che nel codice²⁴.

È una questione di effetti di ritorno. Formulare le norme significa raccoglierle e sistemarle, dargli un ordine, ma questo ordine si sostituisce all'ordine delle attività osservato, inserendo l'ipotesi della volontà del legislatore: la produzione normativa cambia di significato diventando l'esibizione, da parte del legislatore, della sua volontà, e non il risultato dei comportamenti individuali. Rimane che, per codificare, serve qualcosa da codificare: il legislatore ha bisogno di norme da raccogliere e sistemare in concetti e istituti giuridici, oppure quell'operazione scientifica, che la codificazione è, non avrebbe modo di essere avviata; tuttavia, definendo da capo il modo di produzione del diritto, dichiarando che è diritto ciò che può essere riportato alla volontà del legislatore, la produzione normativa viene ridotta, perché ne vengono contingentati gli spazi. Ciò che vorrebbe assicurare un ordine, semplificando le condizioni del suo ottenimento, non lascia spazio alle attività di ordinarsi, ai comportamenti di svolgere la loro regolarità, e così la continuità con la produzione normativa è piuttosto immaginaria che reale: il giurista, facendo ricerca, si limiterà a verificare nelle attività l'ordine che il legislatore ha formulato nel codice.

Raccogliere e sistemare le norme, riportandole alla volontà del legislatore, cioè intendendole come i comandi che il legislatore rivolge agli individui, non può che essere una operazione scientifica, perché si distingue per la sua rigidità dall'ingenuità di conoscere le norme, come le si conosce per sapere come comportarsi. È una operazione che deve avere a che fare con la produzione normativa, perché da questa riceve le norme alle quali lavora; ma se la produzione normativa viene ristrutturata in modo da inibirne la varietà, allora cadono i presupposti della scien-

²⁴ Ancora una volta, possiamo dire che si inneschi «un circolo: dalla realtà giuridica naturale, cioè dalla manifestazione dei comportamenti umani giuridici, si passa mediante la conoscenza che se ne acquista alla formulazione delle norme, e dalle norme si ritorna alla realtà naturale, che esse più o meno influenzano, rallentando la rapidità della sua trasformazioni». Tuttavia, aggiungeva Cesarini Sforza, «la scienza s'interessa soltanto della prima parte del circolo», e «il germe che di essa è contenuto nelle norme fruttifica solo se le conseguenze pratiche di queste non pervengono a soffocarlo» (*Senso e condizioni del progresso*, cit., pp. 246-247).

tificità di questa operazione, che, anzi, avrà creato un ostacolo, tanto alla produzione delle norme, quanto, di conseguenza, alla loro formulazione. Essendo questo il caso, di un pensiero scientifico occupato a razionalizzare il diritto in base alla volontà del legislatore si devono mostrare non le continuità con la produzione normativa, ma le discontinuità. Se, come nei codici, la formulazione delle norme è la proposta di un nuovo *terminus a quo* della normatività, questo scarto dovrà essere tenuto presente e si dovranno fornire delucidazioni in merito alle sue conseguenze sulla produzione normativa e sulla definizione assegnata alle norme, concepite come comandi.

Lo si può fare dando risalto all'arbitrio del legislatore. L'arbitrio del legislatore, ovvero la sua capacità di agire di iniziativa (di fare valere la sua prerogativa a fronte di ogni precedente), è l'indicazione che le cose sono due: o le norme sono prodotte nei rapporti tra gli individui, o le norme si impongono agli individui – o un comportamento è obbligatorio perché è regolare, o è regolare perché è obbligatorio. Il significato reale di dire «naturale» la scienza giuridica è quello di superare la disparità tra la produzione normativa e la legislazione non dando modo alla volontà del legislatore di essere arbitraria. Il pensiero scientifico si accorge della disparità introdotta con i codici e si preoccupa di correre ai ripari. Lo fa schierandosi dalla parte della produzione normativa. Dopotutto, dalle norme si aspetta che restituiscano il senso di una regolarità, ma, se esse sono i comandi del legislatore e, in quanto comandi, espongono gli individui all'arbitrio della sua volontà, allora mettono in bella mostra non già la regolarità dei comportamenti, bensì la sempre possibile volubilità e erraticità, che sono altri modi di dire irregolarità, della volontà che comanda e che, scoprendo la propria iniziativa, scopre anche di potere essere arbitraria. È perciò che la scienza giuridica adibisce una concezione diversa delle norme – è da qui che proviene il tentativo di ristrutturare l'obbligazione come quel «nesso indispensabile tra volizione astratta e azione (empirica)», che abbiamo discusso, come quel «consentimento dello spirito (in quanto agisce empiricamente) con sé medesimo (in quanto vuole astrattamente)», che ci porta a una lettura delle norme tale che esse non siano i comandi rivolti dal legislatore agli individui, ma delle formulazioni di strutture obbligatorie manifestate dalle, e nelle, attività

individuali²⁵. È una ristrutturazione di ciò che vuole dire applicare o realizzare una norma: alla obbedienza, che informa i comportamenti individuali al cospetto del legislatore, si sostituisce l'adempimento, con il quale si intendono i comportamenti nella loro regolarità. Se la norma «viene adempiuta», scriveva Cesarini Sforza, è «perché nella coscienza dell'individuo la norma si pone come volizione astratta, ciò che porta *necessariamente* – ritorniamo, così, a ciò che conosciamo meglio – al sintetizzarsi, con questa, della relativa azione empirica»²⁶.

È un punto di svolta fondamentale. Quando pensa gli individui, la scienza non deve affermare che la loro appartenenza al mondo del diritto dipende dalla loro obbedienza a una volontà che comanda, perché gli individui vivono nel mondo del diritto *adempiendo* le norme, che non sono altro che l'espressione della regolarità dei loro comportamenti. A differenza dell'obbedienza, l'adempimento prepara una struttura della norma che si risolve entro l'individualità dei comportamenti, è anzi la struttura che serve a rappresentare la loro regolarità. Questa struttura è quella del legame tra una volizione astratta e un'azione empirica che compone uno schema di azione. La ripetibilità di questo schema gli fa assumere la sua necessità caratteristica: perché sia regolare, un comportamento deve ripetere uno schema di azione, ma, per ripeterlo, deve confermare il legame tra volizione astratta e azione empirica che lo definisce e che intende l'azione come un «mezzo per uno scopo»; altrimenti, lo schema non sarebbe ripetuto, ma sarebbe un altro, e la regolarità ricercata non si verificherebbe. È in questo senso che tra la produzione normativa e la scienza giuridica c'è continuità, nel senso in cui il pensiero scientifico aspira a rappresentare le attività siccome adempiono il legame tra una volizione astratta e un'azione empirica, legame che non viene imposto, ma si verifica durante i comportamenti, limitandosi, la scienza, a renderlo leggibile. E è in questo stesso senso che la produzione normativa contiene già della scienza, nel senso in cui il pensiero scientifico continua la rappresentazione di un ordine delle attività prodotto dai, e nei, comportamenti individuali.

²⁵ *Il concetto del diritto*, cit., p. 104.

²⁶ *Il concetto del diritto*, cit., p. 23, n. 2. Cfr. *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 245, dove le norme «sono essenzialmente *juris dictio*, dichiarazione e non imposizione del diritto».

Le norme, per la scienza, non devono quindi essere altro che le «*indicazioni logiche*» e le «*proposizioni rivelatrici*»²⁷ della regolarità dei comportamenti individuali, la «*notizia di una volizione astratta nel suo necessario rapporto con un'azione empirica*»²⁸.

Le riflessioni filosofiche cesariniane sulla scienza giuridica contenevano, certo, una *petitio principii* individualistica, evidente nella convinzione che l'individualità dei comportamenti si componga del legame stringente tra una volizione astratta e un'azione empirica, e che l'azione, come già nei *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, possa essere concepita *filosoficamente* come la realizzazione di una volontà. Negli scritti degli anni dieci, in effetti, Cesarini Sforza si portava appresso un bagaglio non leggero di assunzioni speculative che, a volte, ne informavano i toni quando si rivolgeva al pensiero scientifico. Possiamo leggere in questo senso che è «principio fondamentale che non si danno comandi o imposizioni di una volontà obbligante, bensì che gli stessi individui obbiettivano la loro propria volontà in una volontà superiore, alla quale appaiono sottoposti»²⁹; e che «[la] forza del comando risiede tutta nel consentimento di chi lo riceve: essa è commisurata all'adesione della volontà che lo attua»³⁰. Inoltre, la terminologia attraverso la quale Cesarini Sforza parlava di volizioni astratte e azioni empiriche è di per sé sufficiente a farci capire che la filosofia del diritto cesariniana aveva, anch'essa, una sua iniziativa. Tuttavia, si commetterebbe un errore pensando che questa e le altre fossero pure e semplici intrusioni filosofiche nella scienza giuridica, intrusioni che perciò finivano per supportare un'immagine antiquata della filosofia: per Cesarini Sforza, infatti, non si trattò mai di rivendicare alla filosofia un ruolo egemone nei confronti della scienza, ovvero di ricondurre la scienza nel seminato di principi a

²⁷ *Il concetto del diritto*, cit., p. 55 (corsivo nel testo).

²⁸ *Il concetto del diritto*, cit., p. 58 (corsivo nel testo). Cfr. anche *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit., p. 419: «Le norme possono soltanto servire, sotto certe condizioni, come indici rivelatori della possibilità di certi rapporti giuridici».

²⁹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 85.

³⁰ *Il concetto del diritto*, cit., p. 19, n. 2.

essa estrinseci. Invece, riflettere filosoficamente sulla scienza giuridica voleva dire, per lui, prenderne a prestito la concettualità per rivolgersi ai problemi che quella incontrava. Così, dichiarare l'impossibilità di comandare dando risalto ai comportamenti individuali non era il consiglio petulante che il Cesarini Sforza filosofo del diritto rivolgeva a una scienza giuridica inconsapevole della sua razionalità, bensì derivava dall'attenzione cesariniana per una scienza che aveva ritenuto la sua scientificità vincolata al superamento di un orizzonte scientifico impostato a partire dalla volontà del legislatore. Era la scoperta di un orizzonte nel quale, per fare scienza, occorreva superare la discontinuità tra la produzione normativa e la scienza verso una continuità che permetteva di parlare di un diritto del quale si fa una scienza naturale, una scienza, scriveva Cesarini Sforza, «che non ha da interpretare delle volontà, ma da conoscere dei fatti»³¹.

Interrogiamoci ancora sul significato reale della naturalità della scienza giuridica. Il significato reale di dire «naturale» la scienza giuridica era, da ultimo, trovare una ragione rigorosa per la continuità tra la produzione normativa e il pensiero scientifico. Se riusciva a dedicarsi ai comportamenti individuali nella loro regolarità, la scienza poteva aspirare alla continuità con la produzione normativa in risposta alla discontinuità incontrata quando il pensiero scientifico faceva fede alla volontà del legislatore. Una scienza costruita attorno alla volontà del legislatore doveva fare i conti con il suo arbitrio, e come poteva farlo, senza dissolvere il suo appiglio nei comportamenti individuali? Quanto diciamo, quando parliamo dell'arbitrio del legislatore, cioè quando diciamo che il legislatore può agire di iniziativa, è che il legislatore *governa*. Non sfuggiranno le implicazioni provocatorie di accostare lo spazio occupato dal legislatore, che è *mutatis mutandis* lo spazio della sovranità, al governo. Ma concentriamoci su quanto segue da una simile constatazione per la scienza giuridica: abbiamo che essa deve scommettere sulla coerenza e sulla consistenza della volontà del legislatore, perché solo così avrà a disposizione delle regolarità da osservare. Se, infatti, la volontà del legislatore fosse del tutto arbitraria, che senso avrebbe fare scienza dei suoi risultati? Anche ammessa questa

³¹ *Il concetto del diritto*, cit., p. 55. Che la scienza giuridica debba essere scienza *di fenomeni*, significa che essa non deve attardarsi nell'interpretazione del dettaglio della volontà che comanda.

coerenza e questa consistenza, però, ci rimane che, maggiori esse sono, minori saranno gli spazi che la volontà del legislatore lascia alla produzione normativa per come avviene con i comportamenti individuali. Se anche quindi lo scenario per un pensiero scientifico dedicato alla volontà del legislatore è il migliore possibile, otteniamo che esso sostituisce alla produzione normativa l'affermazione di una volontà «generale» nel momento in cui tale volontà governa. Con l'ipotesi che siano emanazioni della volontà del legislatore, ci si dimentica di come le norme siano prodotte. Non solo ciò conduce al problema dell'arbitrio, ma inibisce la varietà che il mondo del diritto deve esibire, affinché la possibilità della scienza giuridica non ne risulti castrata. I codici sono un tentativo di rendere stabile la volontà del legislatore per prevenirne l'arbitrio ma, d'altra parte, la codificazione rafforza la pretesa legislativa di sottrarre le norme alla loro produzione, e si finisce per arrivare a un mondo del diritto dove le norme non possono essere nulla, fuorché dei comandi, e gli individui non possono fare nulla, fuorché obbedirgli. Eppure, continuiamo a chiederci, *perché dovrebbero?*

Se tra la produzione normativa e la sua resa nel codice ci fosse continuità, l'obbedienza degli individui alle norme non farebbe problema. Se le norme raccolte e sistemate nei codici fossero le stesse che gli individui seguono, al di là di ogni ipotesi di una volontà del legislatore, non sarebbe difficile sostenere che l'inserimento di questa, con la codificazione, gli guadagnerebbe solamente in chiarezza – se gli individui seguivano le norme prima, non si capisce perché non dovrebbero seguirle dopo. Ma se il pensiero scientifico si costruisce sul rilievo della volontà del legislatore, la continuità tra la produzione normativa e la scienza giuridica diviene insostenibile. Con il suo rilievo, infatti, si riduce l'ambito della scienza giuridica, portandola a dimenticarsi, come scriveva Cesarini Sforza, che «chi vuol fare opera di pura scienza cerca [...] l'intera realtà del diritto», e questo «indipendentemente dalla parziale formulazione che ne offre il legislatore», scoprendo una «immensa quantità di rapporti, che occorre districare e definire nei loro vari elementi»³². Le norme, allora, devono essere di aiuto al giurista nella sua ricerca dei fenomeni giuridici, e non le manifestazioni di una volontà che comanda, o anche governa. Le

³² *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit., p. 419.

norme, infatti, sono «sempre in ritardo» sulla realtà del diritto e, se sono concepite come emanazioni legislative, del diritto restituiscono un'«immagine alterata»³³. La scienza le potrà usare come i segnali che, dove ci sono le norme, ci sono dei fenomeni giuridici, ma non dovrà per nessuna ragione fermarsi a quelle³⁴.

Abbiamo discusso a lungo del movimento del concetto del diritto, della configurazione della scienza giuridica come scienza naturale, criticandone le difficoltà. Ma capiamo ora che il circolo dell'oggettività e della definizione predisposto dal pensiero scientifico aveva uno scopo preciso: risolvere i problemi derivanti dall'arbitrio (della volontà) del legislatore e sostenere la continuità tra la produzione normativa e la scienza.

Avevamo lasciato implicito, o meglio non avevamo detto, che per ottenere questo scopo la scienza giuridica ristrutturava la norma eliminandone la connessione con il comando e concependola come l'espressione logica dell'ordine delle attività adibito su scala individuale. Concepire le norme come le espressioni logiche dei legami tra una volizione astratta e un'azione empirica portava a un mondo del diritto dove era possibile ignorare i comandi della volontà al governo e concentrarsi sulle regolarità dei comportamenti individuali. Lo spazio del governo era davvero, e sorprendentemente, lo spazio di un ordine delle attività che nella sua generalità poteva essere chiamato sovrano, convocando gli individui nella misura in cui i lo-

³³ *Il concetto del diritto*, cit., p. 102.

³⁴ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 101: «Per una giurisprudenza veramente scientifica, il cui scopo, quindi, sia soltanto quello di conoscere i fenomeni giuridici, le norme non sono più oggetto di conoscenza, ma strumenti per il raggiungimento di questa nella sua pienezza, come vie aperte verso la meta della perfezione conoscitiva». Assumere che le norme siano solamente il suo punto di partenza non deve spaventare o preoccupare il pensiero scientifico, che anzi, così, si commisura meglio alla sua scientificità; cfr. *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit., p. 420: «se si va oltre le norme, in cerca dei concreti fenomeni, [...] si resta sempre nel campo della più autonoma e rigorosa scienza giuridica». E il pensiero scientifico non deve affrettarsi a cercare l'«origine» delle norme: farà meglio a seguirne le tracce con pazienza, perché è la fretta di trovarne una volta per tutte l'origine che porta la scienza a saltare alla conclusione che le norme siano i comandi della volontà del legislatore; dovrebbe invece studiarle come i segnali che i comportamenti hanno una loro regolarità. «La scienza in senso proprio», scriveva Cesarini Sforza, «prende le norme già fatte, qualunque sia la loro origine, e le adopera come strumenti per la conoscenza della realtà giuridica» (*Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 244).

ro comportamenti compongono, con la loro regolarità, la rappresentazione continua della formazione di quell'ordine.

Quando parliamo della continuità tra la produzione normativa e la scienza, ci riferiamo perciò semplicemente a ciò che abbiamo provato a chiamare il circolo dell'oggettività e della definizione configurato dal pensiero scientifico nella rappresentazione del diritto: i tre momenti del concetto del diritto, dal costume alla società, dalla società al diritto, conservano nel loro movimento la ragione comune dell'obbligatorietà. Se si sbilancia verso la sovranità (o generalità) del diritto, la scienza lo fa per rendere giuridicamente leggibili i comportamenti, nella loro individualità, nella loro societarietà, nella loro giuridicità, secondo un medesimo criterio. Si ottiene, quindi, che propriamente il pensiero scientifico non si disinteressa della sua possibilità storica, soltanto la fa conseguire alla sua possibilità logica. Se chiediamo alla scienza come il diritto si sia formato, essa ha un'idea precisa della sua formazione: inizia con un ordine delle attività osservabile nella regolarità dei comportamenti, prosegue con la messa in relazione, altrettanto regolare, di alcuni comportamenti tra loro, e si conclude con l'instaurazione, tra gli altri, di un ordine sovrano (o generale). Se pensiamo ai fenomeni che per risultato di questo processo definiamo *giuridici*, vediamo che è uno stesso comportamento che, dapprima, possiamo dire regolare; che, in seguito, possiamo trovare inserito in un «sistema»; e che, infine, possiamo elencare tra le tutele e i rimedi (le sanzioni) di un ordinamento giuridico.

Quando parliamo di continuità della scienza giuridica con la produzione normativa, abbiamo in mente questo processo: il pensiero scientifico ricava l'obbligatorietà dei comportamenti dalla loro regolarità. La partita della scientificità del diritto si gioca, perciò, nell'individualità: se la scienza giuridica è in grado di leggere la regolarità dei comportamenti individuali come obbligatoria, riuscirà con successo a osservare il suo ordine di fenomeni. A questo scopo, essa ricorre alla sovranità (o generalità) del diritto, facendo in modo che i comportamenti che osserva si dicano obbligatori nella misura in cui la loro regolarità fa parte di un ordine delle attività concepito, nella sua generalità, come sovrano: non perché una vo-

lontà ne proponga l'obbligatorietà, comandando, ma perché l'obbligatorietà è la ragione della loro stessa rappresentazione scientifica³⁵.

«Il pensiero scientifico è veramente un circolo chiuso»³⁶, scriveva Cesarini Sforza. I comportamenti individuali realizzano le norme, che a loro volta sono le strutture dei comportamenti individuali. Il circolo della scienza giuridica serve a affermare la continuità della scienza con la produzione normativa, a assicurare, cioè, che non diciamo giuridici i fenomeni che, interpretando la volontà del legislatore, ci risulta che siano stati *voluti* da questa, e che tuttavia potrebbero anche non verificarsi, vista l'incapacità di *sancire* una volta per tutte l'obbligatorietà della relazione di comando; serve a assicurare, bensì, che diciamo giuridici i fenomeni che, secondo il concetto del diritto, possiamo osservare rivolgendoci ai comportamenti individuali e alla loro regolarità, che ci rappresentiamo come obbligatoria. Dire allora che la scienza giuridica *continua* la produzione normativa, è dire che l'ordine delle attività al quale essa si dedica dipende da come i comportamenti individuali si organizzano, o meglio, da quale organizzazione sia funzionale scegliere affinché il pensiero scientifico sappia rappresentarsi la loro regolarità come obbligatoria. Il senso dell'oggettività giuridica è questo, che l'obbligatorietà dei comportamenti individuali discende dall'iscrizione della loro regolarità entro un'organizzazione. È un'organizzazione politica, che possiamo chiamare sovrana ma che, esattamente, ci basta che sia generale, affinché siamo capaci di chiudere la rappresentazione del diritto, ovvero delle regolarità che siamo capaci di dire obbligatorie.

Instancabilmente, Cesarini Sforza non mancò mai di ricordare a questa scienza giuridica, che aveva superato l'ipotesi della volontà del legislatore per dedicarsi all'oggettività giuridica, che anche così la sua continuità con la produzione normativa era piuttosto immaginaria che reale: poiché dei comportamenti individuali ricercava i tratti organizzativi, l'ordine delle attività che serve per realizzare l'organizzazione non poteva non essere verificato durante l'osservazione. E questo non

³⁵ Cfr. *Il concetto del diritto*, cit., pp. 158-159 (corsivo nel testo): «Il fenomeno è giuridico non *perché* si manifesta inizialmente in [una] forma volitiva, ma si manifesta inizialmente in questa certa forma perché è giuridico».

³⁶ *Il concetto del diritto*, cit., p. 112.

sarebbe un problema, se non fosse che così la scienza non sapeva chiedere, di un ordine, le ragioni della sua formazione.

Perché se c'è organizzazione ci *deve* essere un ordine delle attività? Perché, cioè, gli individui si *devono* comportare regolarmente? La risposta non può essere la tautologia che c'è ordine perché c'è organizzazione, che gli individui si comportano regolarmente perché i comportamenti sono osservati nella loro regolarità. L'oggettività giuridica funziona, fino a un certo punto, per permettere di rappresentare il mondo del diritto: data un'organizzazione, il giurista ricerca l'ordine delle attività che la realizza. Ma funziona fino a un *certo* punto, ovvero fino al punto in cui non ci chiediamo come un ordine delle attività si sia formato e si formi. Poiché, infatti, abbiamo assunto che un'organizzazione non si possa ottenere di forza con l'imposizione di un comando, ma si debba realizzare dai, e nei, comportamenti individuali, poiché, cioè, nel discorso della scienza giuridica l'organizzazione è l'*explanandum* e l'ordine delle attività l'*explanans*, da ciò ne consegue che, quando ci chiediamo come questo ordine si sia formato e si formi, andiamo a minare la condizione per parlare del diritto. Affinché possiamo parlare di diritto, c'è bisogno che ordine ci sia, e ora capiamo perché: perché, altrimenti, non potremmo parlare di organizzazione e, nella sua generalità, l'organizzazione è ciò che serve a chiudere la rappresentazione scientifica del diritto. Quando il pensiero scientifico dice che la regolarità di un comportamento è obbligatoria ha in mente questo, che, senza la sua regolarità, dovremmo smettere di dire (un) diritto.

In *Norma e sanzione*, Cesarini Sforza concludeva negativamente, leggiamo un'altra volta, che «il diritto vige e si afferma secondo la sua natura, non solo senza bisogno di costringimenti fisici, ma anche senza bisogno della minaccia o paura di questi costringimenti»³⁷. Con questa conclusione, egli aveva in mente lo stato della scienza giuridica successivo all'espunzione del comando, vale a dire successivo al superamento dell'ipotesi della volontà del legislatore. Cesarini Sforza si riferiva al processo che delle norme aveva fatto l'espressione logica delle attività; in altri termini, si riferiva al processo che aveva condotto all'oggettivismo giuridico a partire dalle premesse soggettivistiche della scienza giuridica.

³⁷ *Norma e sanzione*, cit., p. 66.

Il pensiero scientifico non ha bisogno di vagliare le insidie e le astuzie della volontà che comanda, perché al diritto ci si avvicina meglio con uno studio dell'organizzazione politica e dell'ordine delle attività che serve per realizzarla. Se gli individui, che con la loro produzione normativa compongono un ordine delle attività, si organizzano, non è perché una volontà gli ha imposto i suoi comandi, ma perché l'organizzazione risulta dall'ordine che le loro attività si sono date e si danno. Se il giurista ricerca le norme, allora, non trova manifestazioni di volontà da interpretare ma strutture di comportamenti individuali da osservare e riunire in concetti e istituti giuridici, continuando una rappresentazione iniziata dalle, e nelle, attività degli individui.

La rappresentazione scientifica del diritto continua la produzione normativa, e questo perché le norme sono le espressioni logiche della regolarità dei comportamenti. Che cosa resta da fare alla filosofia del diritto di fronte a tale continuità? È la domanda alla quale ci interessa rispondere dopo avere compreso il significato reale di dire «naturale» la scienza giuridica. La filosofia deve interrompere la rappresentazione scientifica del diritto, non deve continuarne la scienza. Che cosa significa? Innanzitutto, lo sappiamo, significa che le riflessioni filosofiche non occupano lo spazio della «generalità» giuridica, spazio che è proprio della scienza giuridica generale. La filosofia del diritto assume, rispetto alla scienza, una posizione laterale, rifiutandosi di continuarla, perché continuarla, in questo senso, vorrebbe dire esserne il prolungamento, il perfezionamento, un coronamento che le farebbe assumere egemonia nei suoi confronti. Ripetiamo che tale non era il ruolo che Cesarini Sforza immaginava per la sua filosofia, che, se era qualcosa, era invece una critica della scienza giuridica. Ma dopo quanto abbiamo visto della continuità della scienza con la produzione normativa, c'è qualcosa di più.

Per capire in che senso la filosofia del diritto non debba continuare la scienza giuridica, possiamo riferirci al modo in cui la scienza giuridica continua la produzione normativa. Per continuarla, la scienza rappresenta i comportamenti individuali in un ordine delle attività che realizza un'organizzazione politica, senza dare risalto alle manifestazioni di volontà, che condurrebbero all'arbitrio di un ordine imposto agli individui. È impossibile che gli individui obbediscano le norme, per-

ché le norme non sono comandi, e non potrebbero esserlo, perché la relazione di comando non soddisfa i requisiti della scientificità del diritto.

Del diritto si fa scienza se c'è un ordine delle attività che dà luogo a una organizzazione politica, e non altrimenti. Tuttavia, anche qui, la scienza giuridica non è una «conoscenza» del diritto: non si limita a constatare la regolarità dei comportamenti, ma ne ribadisce l'obbligatorietà. L'oggettività dell'organizzazione diventa motivo, per gli individui, di comportarsi regolarmente. Non li spinge all'azione, non ne *vuole* l'azione, come nel comando; ciononostante, rende indisponibile la loro eventuale irregolarità se non come un succedaneo della negazione dell'ordine delle attività concepito, nella sua generalità, come sovrano.

La continuità della scienza con la produzione normativa è la continuità instaurata dal pensiero scientifico tra un ordine delle attività e un'organizzazione. Il circolo della scienza giuridica permette al giurista di impostare la sua «ricerca» in un duplice verso: da una parte, riterrà di parlare di organizzazione politica quando le attività sono ordinate; dall'altra, saprà che l'organizzazione politica apre un dominio epistemico dove trovare i fenomeni giuridici, che sono le attività che si danno un ordine. Assumendo che un ordine delle attività dia luogo a un'organizzazione, il giurista ne conclude che, data l'organizzazione, le attività *debbono* essere ordinate.

Ma allora, la filosofia del diritto non continua la scienza giuridica se le fa notare che la presenza di un'organizzazione politica non comporta che, di necessità, le attività siano ordinate, che i comportamenti siano regolari. Le attività degli individui hanno un ordine, gli individui si comportano regolarmente; tuttavia non *devono* farlo. E, *se non lo fanno*, in che senso la scienza parla di organizzazione?

Per la scienza, se è impossibile obbedire, ciò significa che è impossibile comandare, cioè è impossibile «volere l'azione altrui» fino a escludere, in chi riceve il comando, una volontà diversa dalla propria. Per gli individui, obbedire è impossibile, perché possono anche non farlo. *Eppure lo fanno*, è la considerazione fondamentale della riflessione filosofica sul diritto. E le ragioni della formazione di un ordine si trovano proprio qui, nel momento in cui le attività si danno un ordine senza che questo sia chiuso nella generalità di un'organizzazione.

Era perciò che la filosofia del diritto cesariniana riportava la scienza giuridica al comando, per ricordarle il grado di «apparenza» della sua «necessarietà».

La volontà di chi comanda è il primo termine di una relazione che resterebbe aperta e in sospeso, senza la predeterminazione del suo secondo termine; ma questo secondo termine, che non può essere e non è un'altra volontà, bensì è un agire concreto, lo stesso agire concreto del soggetto che comanda, viene invece concepito siccome l'agire concreto del soggetto al quale il comando è rivolto; non vi è allora più nessun rapporto necessario fra i due termini, ma la relazione è chiusa e si presenta con l'apparenza della necessità.³⁸

Quando è una critica della scienza giuridica, la filosofia del diritto insiste che i comportamenti non *devono* essere regolari, che tra un ordine delle attività e un'organizzazione non ci *deve* essere la continuità presupposta dal pensiero scientifico. Insistere che i comportamenti individuali siano regolari, *anche se non devono esserlo*, porta a una filosofia del diritto che invita la scienza a discutere delle ragioni della formazione di un ordine. Per Cesarini Sforza, quando le attività sono ordinate, vuole dire che gli individui azzardano di rivolgersi a altri individui aspettandosi che le loro azioni seguano alla propria volontà e non alla loro, vuole dire, cioè, che gli individui possono «volere l'azione altrui», sebbene non abbiano motivi oggettivi per farlo e non si possano accontentare di motivi soggettivi.

Con *Norma e sanzione*, le riflessioni di Cesarini Sforza vanno incontro a una battuta d'arresto. È vero per due ordini di ragioni: la prima, è un dato biografico rilevante, che ora ci limitiamo a accennare, è che nel 1921 inizia un lungo periodo di silenzio delle pubblicazioni cesariniane, che sarebbero riprese soltanto nel 1929 (di questi sette anni di inattività diremo qualcosa all'inizio della prossima sezione); la seconda, è che *Norma e sanzione* perviene, come abbiamo visto, alla conclusione negativa che il diritto *non* si afferma attraverso «costringimenti fisici» o, se è per questo, di sorta. In altre parole, ciò che attiene alla struttura della norma, se questa è riferita

³⁸ *Norma e sanzione*, cit., pp. 64-65.

alla sfera del comando, mette davanti a una impossibilità: è l'impossibilità di comandare, che lascia irrisolta la questione di come, in effetti, il diritto si affermi.

L'impossibilità del comando segue allo scandagliamento del *modus operandi* di chi comanda, che «vuole l'azione altrui» fino a escludere in chi lo riceve l'esercizio di ogni volontà. La volontà di chi comanda deve rivolgersi a un'azione perché, se si riferisse a un'altra volontà, l'azione seguirebbe a quest'ultima e non avrebbe senso parlare di comando. Ma a «volere l'azione altrui» ci si trova in una situazione paradossale, la situazione di chi pensa che un'azione, che non sia la sua, *debba* seguire alla sua volontà. La situazione è paradossale perché chi comanda si aspetta che un'azione segua alla sua volontà proprio come se se ne occupasse di persona, mentre sono altri che la compiono. Non è scontato presumere che dal comando si ottengano dei risultati, perché non si ha motivo di sospettare che l'obbedienza di chi lo riceve sia garantita. Obbedire, anzi, è tutt'altro che obbligatorio.

La sensibilità di Cesarini Sforza lo spingeva a considerare questo frangente a partire dall'individualità dell'azione: nell'azione si realizza una volontà e questa volontà è quella di chi agisce – all'azione non si arriva mai per «costringimento», di qualsiasi natura esso sia. Tuttavia, la presenza di una tale sensibilità, del tutto filosofica, non ci deve portare a concludere che le speculazioni sul comando non abbiano rilievo per la scienza giuridica o non si costruiscano a partire dalle vicende scientifiche intorno al diritto. Non è il Cesarini Sforza filosofo del diritto chi per primo e dalla sua cattedra annuncia l'impossibilità del comando; dell'impossibilità del comando Cesarini Sforza offre una riflessione filosofica, ma sempre togliendo alla storia della scienza giuridica l'esigenza di affermarla. È quanto abbiamo cercato di dimostrare parlando del significato *reale* di dire «naturale» la scienza giuridica.

Per essere scienza naturale, la scienza giuridica deve trovare un ordine di fenomeni da osservare per riscontrarvi delle regolarità. Finché le norme sono concepite come comandi, in particolare se le si concepisce come le emanazioni della volontà del legislatore, esse allontanano la scienza dalla considerazione della sua natura, portandola a lambiccarsi circa le insidie e le astuzie di una volontà che, da ultimo, non ha modo di legittimare le sue pretese e finisce per essere arbitraria. Se

la scienza giuridica intende stabilirsi come una scienza naturale, è per farla finita con l'impossibilità del comando, che pesa come un vizio sulla sua scientificità.

Abbiamo così giustificato l'esistenza e la consistenza del circolo dell'oggettività e della definizione della scienza giuridica. Se la scienza parte dall'oggettività dell'organizzazione, definendo i comportamenti individuali di conseguenza, è perché delle norme ha voluto fare l'espressione dell'ordine delle attività che la realizza. Comandare è impossibile, perciò è deleterio riferirsi alle norme come a dei comandi; sarebbero fondamenta debolissime per la scienza giuridica. Da una parte avremmo chi comanda, dall'altra chi obbedisce, ma la relazione tra questi rimarrebbe scoperta a tutte le contingenze che si possono incontrare lungo la «vita» del diritto – e alla scienza giuridica rimarrebbe soltanto di correre dietro ai dettagli della volontà del legislatore, cercando di interpretarla per farla combaciare con le azioni degli individui, che d'altronde procurano terreno fertile per sospettare che la produzione normativa avviene sempre anche altrove dai luoghi legislativamente preposti, come il codice. La scienza giuridica, quando dichiara la propria naturalità, vuole tenere dietro alla produzione normativa e non esserne separata. Abbiamo detto che vuole *continuare* la produzione normativa, risolvendo le discrepanze tra la volontà del legislatore e l'ordine delle attività sul quale essa insiste. Per questo le norme non sono comandi, ma l'espressione di regolarità adibite entro uno stesso ordine delle attività.

È pure «chiuso», il circolo dell'oggettività e della definizione, ma permette alla scienza giuridica di ottenere un'espansione dei fenomeni che compongono il mondo del diritto. Un fenomeno è giuridico, infatti, se può essere riportato, qualsiasi sia la sua origine, all'ordine delle attività che realizza un'organizzazione. Tra un ordine delle attività e un'organizzazione sussiste la stessa continuità che c'è tra la produzione normativa e la scienza – in questo senso la scienza giuridica è scienza naturale. È da qui, e solo da qui, che Cesarini Sforza riceveva il «compito» della sua filosofia del diritto. Solo in seguito a una valutazione attenta degli svolgimenti della scienza giuridica, egli poteva concludere che, se alla scienza spetta di continuare la produzione normativa, alla filosofia spetta invece di interrompere la rappresentazione del diritto che ne deriva. Per farlo, occorre che la filosofia ripercorra le tappe della scientificità del diritto, negandone il punto di arrivo.

Se comandare è impossibile perché è impossibile «volere l'azione altrui», allora la scienza giuridica smette di guardare ai comportamenti individuali che formano un ordine delle attività e si rivolge all'organizzazione come un'euristica a guidare le sue osservazioni. Presa l'organizzazione, nella sua oggettività, definisce i comportamenti individuali di conseguenza. Il suo presupposto è che dove c'è organizzazione, le attività sono ordinate e possono essere osservate nella loro regolarità. I comportamenti individuali vengono in questione a partire dall'oggettività dell'organizzazione che li definisce.

La struttura del comando, che è un «volere l'azione altrui», è stata rimossa dalla scienza giuridica. Ne riusciamo a capire le ragioni, ma queste non rendono la rimozione meno definitiva. La sua definitività è misura del grado di rigosità che la scienza ha voluto assumere. Se rimuove l'opzione che le norme siano dei comandi, è perché essa non sopporta che le norme cadano nel vuoto della disattenzione. Se le norme possono essere disattese, se un intervento normativo può fallire, la scienza giuridica non sa che farsene e si rivolge altrove per fondare la sua scientificità. Così facendo, però, la continuità tra un ordine delle attività e un'organizzazione diventa stringente, tanto che a rimuoversi è anche il processo della formazione dell'ordine che realizza l'organizzazione.

Le ragioni della formazione dell'ordine, per Cesarini Sforza, non possono venire in questione se non s'intende precisamente che, quando c'è produzione normativa, questo processo non dà luogo per necessità e nell'immediato a un'organizzazione. La continuità con la produzione normativa, che la scienza giuridica presuppone nella sua naturalità, deve essere interrotta. È perciò che se sulla struttura del comando la scienza giuridica ritiene di aver detto l'ultima parola, la filosofia del diritto ritorna a quel «volere l'azione altrui», a quella relazione che rimane «aperta e in sospenso» tra chi comanda e chi, senza doverlo fare, obbedisce.

Nell'apertura, nella sospensione del comando, Cesarini Sforza trovava le tracce, quasi del tutto rimosse, di un diritto che, poiché è impossibile, permette alla scienza di pensarne la formazione.

Perché cooperare? La possibilità «viceversa» del diritto soggettivo

In un'opera laboriosa, nella quale i contributi su rivista si sprecano, spesso in numero di vari all'anno; le lezioni compaiono in litografia, sono corrette, quindi pubblicate a stampa, poi riedite nel corso di un'attività infaticabile; e latita forse solo l'allora consueta messa in trattato della proposta teorica dell'autore; in una bibliografia insomma densissima, il periodo tra il 1922 e il 1928 non manca di stupirci: la lacuna nella produzione cesariniana risalta e richiede l'ipotesi di una spiegazione³⁹.

Perché Cesarini Sforza non pubblicò nulla tra il 1922 e il 1928? Per rispondere alla domanda, dobbiamo tenere presente che gli articoli e i saggi che abbiamo studiato finora furono scritti con il ritmo incessante che abbiamo potuto apprezzare per una ragione molto semplice: Cesarini Sforza stava cercando di assicurarsi un posto in università. Alla già non esigua mole di pagine vergate tra il 1911 e il 1921, che tanto dovranno meravigliare considerate le difficoltà di pubblicare durante gli anni della guerra, bisogna infatti aggiungere tutta una serie di notarelle e delucidazioni che Cesarini Sforza redasse a scopo concorsuale⁴⁰.

³⁹ Vedi *infra* la bibliografia delle opere di Cesarini Sforza, per rendersi conto della unicità di questo periodo di astinenza letteraria nella sua vasta produzione scientifica.

⁴⁰ Dei frangenti e dei contenuti di questi inediti scritti di servizio si occupa G. DE LIGUORI, *Cronache di filosofia del diritto. Widar Cesarini Sforza e i suoi corrispondenti (1911-1965)*, in «Quaderni di storia dell'università di Torino», 6, 2004, pp. 203-338.

Fino al 1921, però, nonostante l'appoggio di figure dalla sicura influenza come Giorgio Del Vecchio e Alessandro Levi, egli era riuscito a ottenere appena qualche libera docenza (in particolare, tenne un corso di Teoria generale del diritto a Bologna); tutti i concorsi a cattedra, da Camerino a Parma, da Cagliari a Bologna, andarono malissimo. Nel frattempo era morto il padre, lasciandolo indebitato. È probabile che furono queste contingenze a convincere Cesarini Sforza a battere la strada del giornalismo. L'incarico di direttore presso *il Resto del Carlino*, occupato dal 1925 al 1928, gli permise di mettere ordine tra le sue finanze, ma, al tempo stesso, si immagina non gli lasciò il tempo di occuparsi dei suoi studi.

Si può sospettare, inoltre, che, con l'avvento del fascismo, Cesarini Sforza ebbe bisogno di tempo per abituarsi al mutato contesto politico e sociale, che non poté incidere sulle sue riflessioni. Il suo distacco dall'università non fu però netto se, riprese le pubblicazioni nel 1929⁴¹, nel 1930 Cesarini Sforza fu subito chiamato a Pisa per la cattedra di Filosofia del diritto. Il posto da lungo adocchiato non gli riservò sorprese e la sua carriera continuò senza intoppi fino alla chiamata a Roma, nel 1939: insegnò filosofia del diritto nel prestigioso ateneo romano fino a che non raggiunse i limiti d'età, nel 1956.

La sospensione dall'insegnamento per deferimento, nel 1944, alla Commissione per l'epurazione universitaria fu l'unico, breve incidente di percorso che gli restò da affrontare in una frequentazione accademica che, quantomeno si può dire, non fu danneggiata dal fascismo – anzi, si affaccia la plausibilità di dubitare che, negli anni trenta, Cesarini Sforza fu affatto altro che «giurista» impegnato a studiare le novità del diritto corporativo e a lavorare in appoggio al corporativismo. Dovrebbero essere inseriti in questo frangente, allora, i suoi interessi istituzionalistici: interessi del tutto nuovi che Cesarini Sforza avrebbe intrapreso nello sforzo di assestare la divisione della società in corporazioni.

⁴¹ *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4 (Nuova Serie), 1929 (1-2), pp. 43-124; *Proprietà ed espropriazione*, in «Educazione fascista», 7, 1929 (2), pp. 108-121 (era un'indagine sull'istituto della proprietà a confronto con la Carta del lavoro); *Lezioni di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova 1929 (era un compendio di teoria generale composto dalle idee che Cesarini Sforza aveva elaborato per la prima volta durante le lezioni bolognesi, per poi ritornarvi, da ultimo, quando tenne di nuovo il corso negli anni 1926-1927 e 1927-1928).

Il Cesarini Sforza degli anni trenta sarebbe teorico impegnato alla discussione dei concetti e degli istituti giuridici in affinità con la ristrutturazione della produzione su base corporativa, teorico dimentico delle sue riflessioni filosofiche precedenti. Sosterrebbe una tale interpretazione del percorso intellettuale cesariniano dare esclusiva importanza alla sua biografia di studioso che si avviò alla stabilità universitaria sull'onda dei dibattiti sul diritto corporativo; la partecipazione a questi ultimi costituisce, in effetti, buona parte degli scritti degli anni trenta. L'intento dell'interpretazione volgerebbe su un criterio di opportunità al limite dell'opportunismo: constatata l'abbondanza di spazi accademici da occupare con studi di diritto corporativo, Cesarini Sforza si sarebbe inventato una carriera a discapito del suo bagaglio filosofico⁴².

Non ci dobbiamo sprecare, cercando di respingere una interpretazione per così dire opportunistica del percorso intellettuale cesariniano. Qui, non si tratta di salvare l'uomo; piuttosto, è da considerare con interesse l'ipotesi di una ripresa delle riflessioni filosofiche cesariniane e, anzi, di un loro sviluppo negli anni trenta. Lo faremo accostandoci volta per volta ai testi maturi di filosofia del diritto di Cesarini Sforza, non infrequenti anch'essi. È una ipotesi alternativa, secondo la quale si sostiene che Cesarini Sforza non abbandonò mai la visuale filosofica sulla scienza giuridica, una prospettiva che lo rese sempre critico degli esiti oggettivistici di questa.

Accingendoci ora a continuare il nostro attraversamento, affronteremo i lavori della maturità, mettendone in risalto la somiglianza di temi rispetto a quelli precedenti; al tempo stesso, cercheremo di mostrare come le intuizioni e i proclami giovanili vengano ora a compimento, una manovra che ci preparerà a discutere l'istituzionalismo cesariniano secondo la logica che riteniamo massimamente proficua: un confronto serrato e una critica degli ordinamenti giuridici di Santi Romano che occupò Cesarini Sforza a partire da *Il diritto dei privati* per tutti gli anni trenta.

⁴² Qui, ci limitiamo a ricordare le quattro edizioni del suo *Corso di diritto corporativo*, CEDAM, Padova 1931 (1932², 1934³, 1935⁴), rimandando, per tutto il resto, a quanto scritto e indicato *supra*, cap. 1, pp. 3-26.

Dovremo tenere ferme a mente due direttrici che il pensiero cesariniano assume. La prima sarà bene espressa nei *Preliminari sul diritto collettivo* (1936): è l'interesse di Cesarini Sforza per la vita in comune e i dettagli della sua possibilità attraverso il concetto di cooperazione (è la «*cooperazione* di tutti i componenti del gruppo», che «si realizza mediante azioni e comportamenti simili o identici di tali soggetti»⁴³); la seconda ha sostanza nelle riflessioni filosofiche di lavori come *Ex facto ius oritur* (1930), «*Ius*» e «*directum*». *Note sull'origine storica dell'idea di diritto* (1930), *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto* (1932), *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica* (1934), fino alle *Avventure del diritto soggettivo* (1941): è l'interesse di Cesarini Sforza per i rapporti tra filosofia del diritto e scienza giuridica e, in particolare, per un diritto soggettivo *filosofico* che dia luogo a uno spazio per individuare le ragioni della formazione di un ordine delle attività.

La prima direttrice del pensiero cesariniano, la direttrice della cooperazione, è quella, che meglio di ogni altra cosa spiega perché Cesarini Sforza abbia cominciato a rivolgersi all'istituzionalismo giuridico. La seconda direttrice, la direttrice del diritto soggettivo, è quella, che decisamente ci fa capire che egli non mise da parte ciò che la sua filosofia del diritto aveva acquisito fino a quel punto. In particolare, vedremo che Cesarini Sforza continuò a pensare l'«impronta romanistica» del diritto, togliendo alla tradizione del diritto romano l'intuizione di parlare della soggettività senza rimuoverla dalla dialettica con l'oggettività. In quanto segue, faremo lo sforzo di tenere insieme i due interessi, la cooperazione e il diritto soggettivo.

Innanzitutto, dovremo dimostrare il loro legame in sede filosofica; potremo andare solo in seguito a studiare il contributo cesariniano all'istituzionalismo giuridico. Ci accorgeremo che occorrerà continuare a pensare che cosa mai significhi «volere l'azione altrui», mentre ci avvicineremo a dare soddisfazione a un'aspettativa di lungo corso del nostro lavoro, quella di capire in che rispetto la filosofia del

⁴³ *Preliminari sul diritto collettivo*, in «Archivio di studi corporativi», 7, 1936 (1), pp. 27-45, ora in *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata 2018, p. 106 (corsivo nel testo). Entro questa direttrice, possiamo collocare lo stesso *Il diritto dei privati* (1929) ma anche *Volontà privata ed autonomia* (1930), *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo* (1933) e gli *Studi sul concetto di interesse generale* (1935).

diritto debba riportare la soggettività all'attenzione della scienza giuridica e quale significato avrà per la scienza.

Se è impossibile comandare, è impossibile cooperare. A prima vista, sembra l'incipit di ogni pensiero conservatore. Invece (si fa per dire), è un'intuizione del pensiero cesariniano. Diciamo del pensiero cesariniano, e non di Cesarini Sforza, perché è un accostamento longevo, presente a partire dagli anni dieci, senza che egli abbia sentito il bisogno di esplicitarlo. L'impossibilità della cooperazione si deduce dall'impossibilità del comando perché, al fondo della cooperazione e del comando, giace una medesima struttura, la struttura del «volere l'azione altrui», che suggerisce a un individuo di rivolgersi a un altro per realizzare la propria volontà⁴⁴.

In *Norma e sanzione*, Cesarini Sforza usò questa struttura per affrontare le difficoltà del comando, ma in precedenza aveva parlato negli stessi termini della cooperazione. Ne aveva parlato in *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, dove constatava che pensare il diritto significa pensare la riferibilità della volontà di un individuo al «contegno» di un altro⁴⁵.

⁴⁴ Che, in *Norma e sanzione*, Cesarini Sforza definisse il comando come un «volere l'azione altrui», si spiega considerando la collocazione editoriale dell'articolo. L'articolo uscì, infatti, nel primo numero della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. La rivista fu fondata da Del Vecchio nel 1921 e Cesarini Sforza fece parte della sua prima direzione. All'influenza di Del Vecchio può essere ricondotto il sapore kantiano della locuzione (ci riferiamo all'accordo di una *Willkür* con un'altra, – della volontà di uno con la libertà dell'altro, – alla base della definizione del concetto di diritto nella *Metafisica dei costumi*), particolarmente accentuato in G. DEL VECCHIO, *Sui principii del diritto*, 1920, ora in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 8 (Nuova Serie), 2017, pp. 15-63.

⁴⁵ Si hanno segnali di una trattazione cesariniana della cooperazione già in *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, dove egli parlava di «rimedio coattivo» (cit., p. 164) intendendo che «la coazione è il rimedio all'inadempimento dell'obbligo» (cit., p. 168). Se la coazione non appartiene al contesto della minaccia, ma a quello del rimedio, la verifica dei rapporti insiste su una dinamica cooperativa anche quando, non adempiendo, gli individui si pongono fuori da ogni desiderio di cooperare con gli altri. Bisogna che, qui, facciamo notare una specificità ulteriore della locuzione cesariniana «volere l'azione altrui», evidente quando egli parla di *inadempimento*. È il riferimento di Cesarini Sforza a un contesto teorico di diritto delle obbligazioni, dove la scienza giuridica tedesca si era esercitata a lungo pensando come la volontà di un soggetto potesse riferirsi all'altro. Nel

Qual è l'estensione del riferimento della volontà di un individuo all'azione, al «contegno» di un altro? È solo nella forma imperativa, nel comando, che un individuo può ambire a riferirsi a un altro?

suo *System des heutigen römischen Rechts*, Savigny aveva distinto i diritti secondo «gli oggetti sottoposti al dominio della volontà», i quali sono due: le cose e le persone («la natura non libera», scriveva, e «le altre persone», F. C. V. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit., p. 341). Il diritto sulle cose, il diritto reale, è, «nella sua forma più pura e più completa» (*ibidem*), la proprietà; il diritto sulle persone, invece, è l'obbligazione, «un rapporto di dominio sopra un singolo atto di una persona» (p. 342). Proprietà e obbligazioni, insieme, formano il diritto patrimoniale (il patrimonio di un soggetto è l'insieme delle sue proprietà e delle sue obbligazioni). Lo specifico delle obbligazioni, se confrontate con la proprietà, è che esse consistono «nel dominio parziale su atti altrui», laddove «non tutti gli atti dell'uomo sono idonei a formare oggetto di obbligazioni», ma solo «quelli, che per la loro natura materiale possono essere considerati come staccati dalla persona, che li compie, e possono essere trattati come simili alle cose» (p. 369). Si badi bene: ciò che c'è di specifico nelle obbligazioni è pure quanto le avvicina alla proprietà. Eppure, il problema era particolare e richiedeva considerazione a sé, chiamando a spiegare come una persona potesse esercitare il proprio diritto restringendo la libertà altrui, ovvero, secondo i nostri termini, richiedendo l'azione altrui in seguito alla propria volontà, e non alla sua. L'azione richiesta (perciò si parlava di inadempimento) è quella del debitore. Nel *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid il riferimento diventa perspicuo, al tempo stesso acquisendo la torsione che ce ne fa già immaginare gli sviluppi oggettivistici. Si parlava di «diritti di credito», ma è un altro nome delle obbligazioni: «I diritti di credito contengono, come tutti i diritti, un precetto dell'ordinamento giuridico, dato al titolare come proprio, ed il contenuto di questo precetto, come di tutti i precetti dell'ordinamento giuridico, è, che colui, al quale il precetto è rivolto, determini in un dato modo la sua volontà ad un comportamento esteriore, che egli agisca in un dato modo» (B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1925, pp. 2-3). Fadda e Bensa, annotando il passo nella loro traduzione del *Lehrbuch* di Windscheid, chiarivano la posta in gioco: «I diritti di credito sono imperativi come tutti i diritti» (*ibidem*), ma forse sarebbe dire meglio che è dalla struttura delle obbligazioni che la scienza ricavò il carattere imperativo della norma. Cesarini Sforza dimostrava di avere presente tutto questo densissimo dibattito quando citava la figura di Hermann Schott (H. SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Mohr, Heidelberg 1873, pp. 45-56), al quale accreditava la dimostrazione dell'impossibilità di un «diritto all'azione altrui» (*Norma e sanzione*, cit., p. 66), e le osservazioni polemiche di Gustav Hartmann (G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, A. Deichert, Erlangen 1875, p. 32 e sgg.). Su questa complicata vicenda, in cui occorrerebbe convocare almeno anche i nomi di Alois Brinz e August Thon, cfr. per tutti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II. Struttura dei rapporti di obbligazione*, Giuffrè, Milano 1953, in particolare le pp. 126-157. È evidente che ciò che abbiamo detto il sapore kantiano del «volere l'azione altrui» non esclude che il frangente era singolare della scienza giuridica e, significativamente, di quel soggettivismo giuridico, al quale Cesarini Sforza non mancò mai di richiamarsi, pur nella distanza delle soluzioni.

Nel 1918, Cesarini Sforza si era limitato a intendere il «volere l'azione altrui» come la «costante giuridica fondamentale».

Il carattere [...] comune ad ogni manifestazione di attività che entra a costituire i fenomeni del diritto, ossia la costante giuridica fondamentale, consiste in ciò, che ognuna di esse rappresenta la condizione necessaria per l'attuazione di un'attività o contegno altrui, o è tale che da un contegno altrui la sua attuazione dipende necessariamente.⁴⁶

A uno sguardo scevro di complicazioni, poverissimo di contenuti ma da tenere a mente, prima di ogni determinazione ulteriore il diritto comporta che alle azioni ci si riferisca altrimenti della conseguenza tracciabile a partire dalla propria volontà. Nelle azioni individuali la volontà non fatica a affermarsi, ma allo stesso modo, senza quella fatica, non si è affermato niente di giuridico.

Cesarini Sforza aveva dimostrato l'utilità per il diritto di parlare delle azioni individuali già nei suoi *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto*, un'utilità che egli non tralasciò mai, nemmeno quando la sua filosofia del diritto si fece più raffinata, evitando alcune ingenuità giovanili; ma le azioni individuali, di per sé, non permettono di accedere alla dimensione giuridica dei comportamenti. I comportamenti, infatti, si compongono in fenomeni giuridici quando l'azione di un individuo può essere riferita a un altro. Se l'azione è individuale, è facile affermare che realizzi la volontà dell'individuo che la porta a termine – il diritto è difficile, perché se ne parla quando un individuo si aspetta, pretende che la sua azione sia portata a termine da un altro; il diritto è difficile, perché è difficile giustificare l'aspettativa o la pretesa di chi vuole che gli altri non agiscano conformemente alle loro volontà ma alla sua.

Lo abbiamo visto nel comando. Un individuo «vuole l'azione altrui»: non porta a termine un'azione ma vuole, comanda, che sia un altro individuo a farlo; eppure, perché l'altro *dovrebbe* farlo? Ecco la difficoltà del diritto. Non è, tuttavia, una difficoltà esclusiva del comando, perché con la cooperazione arriviamo alla stessa domanda. Per convincerci del paragone, possiamo leggerlo delineato nei testi – a co-

⁴⁶ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 262.

minciare già dai testi giovanili, dai quali non è il caso di allontanarci se non dopo avere mostrato tale collegamento all'opera.

In *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, Cesarini Sforza ne tracciava gli estremi quando scriveva che

la cooperazione consiste in un incrocio di regolarità e di fini, per cui, benché l'uno degli individui associati si comporti secondo una regola che esprime il volere dell'altro individuo e quindi attui il fine proprio di costui, pure viene attuato anche il suo fine, appunto perché lo attua l'altro, che si comporta secondo la regola esprimente il volere del primo.⁴⁷

Non si fa parola del comando, e come abbiamo detto Cesarini Sforza non svolse esplicitamente il paragone che tracciava⁴⁸, ma è chiaro che, come per comandare, anche per cooperare si debba «volere l'azione altrui». La cooperazione, infatti, colloca gli individui a mezza via tra i loro comportamenti, laddove le loro volontà sono realizzate dalle azioni altrui e le loro azioni non realizzano le loro volontà, ma quelle degli altri. In questo intreccio, questo «incrocio», consisteva per Cesarini Sforza la produzione normativa, l'ordine che le attività si danno.

Tutto ciò significa che alla scienza giuridica non basta rimuovere dalla norma la struttura del comando, superando l'ipotesi della volontà del legislatore, perché incontra ancora gli stessi problemi quando presume che ci sia cooperazione tra gli individui. Potrebbe evitare di presumerlo? Non senza andare contro il presupposto che, affinché ci sia scienza giuridica, le attività debbano ordinarsi. Che gli individui cooperino vuol dire che danno un ordine alle loro attività, che possiamo parlare di fenomeni giuridici, ovvero che c'è produzione normativa, quella produzione normativa, che la scienza intende continuare nella sua rappresentazione del diritto.

⁴⁷ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 263.

⁴⁸ Del resto, *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, del 1918, predata *Norma e sanzione*. Cesarini Sforza aveva ancora da fermare la struttura del comando come quella di un «volere l'azione altrui». È interessante notare che, se suggeriva che il comando e la cooperazione avessero la stessa struttura, non era perché fosse passato dal comando alla cooperazione, ma perché aveva ritrovato nel comando la stessa struttura riscontrata nella cooperazione.

Cooperare significa «volere l'azione altrui» in questo senso, nel senso in cui cooperando gli individui non agiscono secondo la loro iniziativa, cioè non fanno seguire le loro azioni alle loro volontà, ma mettono in comune le loro azioni e le loro volontà portando a termine le azioni altrui e volendo che gli altri portino a termine le loro. Per risultato, abbiamo che le attività siano ordinate, perché abbiamo una messa in comune dei comportamenti che ne incita la regolarità e li commisura tra loro.

Se la domanda che rappresentava le difficoltà del comando era quella, che chiede perché gli individui debbano portare a termine le azioni volute dagli altri individui, con la cooperazione la scienza giuridica viene esposta allo stesso interrogativo. Se cooperare significa che non si agisce individualmente, bensì che gli individui riferiscono le loro azioni agli altri, aspettandosi o pretendendo che le portino a termine, ci chiediamo ancora: perché gli individui *dovrebbero* fare seguito alle aspettative o alle pretese degli altri, e perché *dovrebbero* aspettarsi o pretendere che gli altri facciano seguito alle loro? Ci possiamo iniziare a convincere che il nostro problema non sia soltanto locale.

Fermando la struttura del comando e della cooperazione in un «volere l'azione altrui», infatti, acquisiamo una grande mobilità, che ci porta a scandagliare il pensiero di Cesarini Sforza saltando con leggerezza dalle sue conclusioni giovanili ai risultati maturi delle sue riflessioni, abbandonando i primi dibattiti e addentrandoci nella sua produzione successiva. Ci è lecito andare a leggere alcuni passi dalle tarde *Avventure del diritto soggettivo*⁴⁹ per ritenere che, soffermandoci su come «volere l'azione altrui», abbiamo incontrato una preoccupazione costante della filosofia del diritto cesariniana.

Si comprende, data l'unità concreta di volizione e azione, che io possa volere ed effettivamente voglia l'azione mia; sarebbe incomprensibile il contrario [...]. Ma il momento germinale dell'esperienza giuridica sta in ciò, che io *voglio l'azione altrui*, quell'azione, cioè,

⁴⁹ *Avventure del diritto soggettivo*, Estratto dal «Bollettino dell'istituto di filosofia del diritto della Regia Università di Roma», Edizioni Italiane, Roma 1941. Il *Bollettino* fu pubblicato dal 1940 al 1943 e fu il tentativo (infruttuoso) da parte di Cesarini Sforza, che lo fondò e lo diresse, di fornire alla filosofia del diritto una spazio alternativo alla *Rivista internazionale di filosofia del diritto* di Del Vecchio.

che se si realizzerà, si realizzerà non per la volizione mia, ma per la volizione *di lui*, cioè per la volizione di colui che la realizzerà con un suo atto spirituale.⁵⁰

A venti anni da *Norma e sanzione (Avventure del diritto soggettivo* è del 1941), i problemi erano rimasti gli stessi: la scienza giuridica indica che, data una organizzazione, le attività debbano essere ordinate, ma *perché?* Che le attività siano ordinate, significa che gli individui non si limitano a portare a termine le loro azioni, ma si riferiscono agli individui con i quali entrano in rapporto. Dal riferimento tra gli individui, dall'apertura di uno spazio del comando e della cooperazione, segue la giuridicità del luogo dove gli individui si muovono, agendo al di fuori della loro individualità: muoversi in un luogo simile non è facile perché, se nell'individualità dei comportamenti è concesso assumere che una azione segua a una volontà, non c'è ragione di farlo, quando un comportamento inizia in un individuo e finisce in un altro. Si capisce l'opportunità di concepire questo luogo siccome il luogo dell'organizzazione politica, come faceva la scienza giuridica: se gli individui si danno un ordine, essi danno luogo a un'organizzazione, che diviene il motivo, il motivo oggettivo, della regolarità dei loro comportamenti.

L'oggettività dell'organizzazione, però, presume che ci sia un ordine delle attività, lo abbiamo fermato con decisione. Nella rappresentazione che la scienza giuridica (si) fa del mondo del diritto, gli individui figurano come i detentori di una volontà giuridicamente definita, e una volontà è definita giuridicamente se la sua realizzazione non è aperta, ma è chiusa dalla previsione del comportamento che la deve realizzare: della sua chiusura si occupa l'organizzazione, che consiste nella previsione di determinati rapporti; questi rapporti compongono l'ordine delle attività che realizza l'organizzazione.

Il circolo della scienza giuridica è ancora evidente: affinché ci sia organizzazione, le attività devono esibire un ordine, cioè gli individui devono entrare in certi rapporti; ma l'organizzazione prevede un ordine delle attività, cioè prevede che gli individui entrino in determinati rapporti. Ogni comportamento imprevisto sarà perciò irregolare. Del resto, l'imprevisto di un comportamento non può, di per sé, produrre ordine. È il motivo per cui un ordine delle attività non può essere ricon-

⁵⁰ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 5 (corsivo nel testo).

dotto alle azioni individuali: se i comportamenti si risolvessero nella loro individualità, ciò assicurerebbe che a una volontà segua sempre una azione, senza bisogno che quella sia definita giuridicamente, ma gli individui non riferirebbero le loro azioni a altri individui, non entrerebbero, cioè, in rapporto con gli altri, e allora non ci sarebbe nemmeno da chiedersi se le attività siano ordinate o meno.

La scienza giuridica rappresenta il mondo del diritto definendo *giuridicamente* le volontà degli individui. Non gli individui, ma i *soggetti di diritto* popolano il mondo del diritto. Ora, si è soggetti di diritto quando è possibile prevedere che le attività con le quali ci si intrattiene abbiano un ordine, ovvero che, quando si presenta un'istanza, questa si inserisca in una procedura predisposta a accoglierla o respingerla, secondo i casi, ma in ogni caso a discuterla. Questo è il senso dell'organizzazione, quando è continua rispetto a un ordine delle attività. Studiare, invece, il riferimento di un individuo a un altro, i rapporti tra gli individui, come l'istanza di un «volere l'azione altrui» lascia sguarnita la scienza che vorrebbe assicurare che, se un comportamento è previsto nella sua regolarità, allora seguirà senz'altro. Pensare che gli individui «vogliono l'azione altrui», quando si riferiscono l'uno all'altro, interrompe la rappresentazione della scienza giuridica, perché rivolgendosi agli altri gli individui danno un ordine alle loro attività, senza tuttavia che da questo si possa, o addirittura si debba, concludere in immediato che si sia realizzata una organizzazione.

Cesarini Sforza trovava qui il compito della filosofia del diritto: speculare sulla possibilità di «volere l'azione altrui» voleva dire suggerire che tra un ordine delle attività e un'organizzazione non ci sia continuità, che, quando le attività si danno un ordine, non si possa ancora parlare di organizzazione. Proprio perché non se ne può parlare, l'organizzazione rimane aperta, come in sospenso, e si possono studiare le ragioni della formazione dell'ordine – mentre non lo si poteva fare quando l'organizzazione era il punto di partenza della scienza giuridica, e se ne desumeva di ritorno che ci dovesse essere un ordine delle attività.

A trovare il modo come sia possibile «volere l'azione altrui» Cesarini Sforza dedicò i suoi studi filosofici degli anni trenta. Innanzitutto, occorre ammettere che riferirsi agli altri individui fosse impossibile, considerata l'individualità delle azioni, ma considerato anche come la scienza giuridica si assicurava che gli individui

entrassero in certi rapporti, prevedendoli. «Volere l'azione altrui» era impossibile perché non se ne poteva, né se ne doveva, com'era in ambo i casi, assicurare la realizzazione. Ciononostante, nel riferimento di un individuo a un altro egli trovava la ragione per cui, infine, l'organizzazione si produce nella sua oggettività a partire da un ordine delle attività.

Le attività degli individui non *devono* essere ordinate; nondimeno, e «viceversa», *lo sono*.

Volere l'azione altrui sembra dunque impossibile. Eppure, questa impossibilità dev'essere viceversa una possibilità, se proprio in questo misterioso volere l'azione altrui, in questo apparentemente assurdo contare sull'azione altrui come se fosse nostra, in questo meraviglioso fatto che milioni e milioni di uomini, non solo vogliono ciò che essi fanno ma contano su ciò che fanno altri milioni e milioni di uomini, di guisa che il fare di questi altri diventa una realtà massiccia sulla quale i primi costruiscono le opere loro – se proprio, dico, su questa straordinaria capacità del nostro volere di porsi come volere di altri, si basa e s'innalza l'intero mondo delle istituzioni umane, il mondo della oggettività sociale, che non è fatto dalle azioni nostre, ma dalle azioni degli altri come noi le vogliamo, e che è reale non perché le azioni degli altri sono volute dagli altri ma perché le vogliamo noi, perché le azioni che gli altri vogliono sono quelle volute da noi.⁵¹

Le riflessioni filosofiche di Cesarini Sforza sono una faticosa speculazione sulla capacità delle volontà di riferirsi alle azioni altrui. L'impegno cesariniano fu indefesso e insistente e, negli anni trenta, non abbandonò la singolarità della filosofia del diritto. La sua singolarità ce ne svela la posta in gioco: generare la possibilità del diritto dall'impossibilità di «volere l'azione altrui», un rovesciamento che si ottiene pensando a come le volontà si affermano. La scienza aveva fatto male a rimuovere la struttura del comando, perché, è una delle migliori intuizioni cesariane, questa è anche la struttura della cooperazione, la struttura di quel «fenomeno essenziale e primario della cooperazione, ossia dell'associazione»⁵², che ci ser-

⁵¹ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., pp. 5-6.

⁵² *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 263; cfr. *Il concetto del diritto*, cit., p. 170, dove Cesarini Sforza aveva parlato nello stesso senso di «collaborazione».

virà, con le sue affinità con un certo diritto soggettivo, a parlare dell'organizzazione senza dimenticarci della formazione di un ordine.

Nelle *Avventure del diritto soggettivo*, Cesarini Sforza avrebbe detto meglio che altrove quale fosse il compito che, a partire dalle sue riflessioni giovanili, aveva attribuito alla filosofia del diritto. Compito della filosofia era aprire alla possibilità di «un mondo giuridico che – scriveva – riposa sulla coscienza non tanto di volere *secondo un ordine*, ma di *volere un ordine*»⁵³.

È un mondo del diritto dove la dialettica di soggettività e oggettività non è messa in secondo piano e perfino negata dall'enfasi sull'oggettività dell'organizzazione, dove le attività non devono essere rappresentate secondo la misura di un'organizzazione che definisce quale ordine debbano avere. Per Cesarini Sforza, dislocare il fulcro della scienza giuridica, da una volontà definita «secondo» l'ordine delle attività alla quale la si fa appartenere, a una volontà che ha per complemento quell'ordine, significava concepire le volontà *concretamente*, fare delle volontà una considerazione concreta, opposta alla considerazione astratta tramite la quale figuravano nella scienza giuridica. Come egli scrisse in *Ex facto ius oritur* (1930), uno degli articoli che iniziarono la maturità filosofica cesariniana, echeggiando il concetto di azione dei *Principi filosofici*, il mondo del diritto che la scienza doveva essere capace di osservare è un luogo dove il «fatto», qui il fenomeno giuridico *in genere*, sia concepito come il «prodotto della volontà»⁵⁴. Questo il punto di partenza di ogni riflessione filosofica sul diritto: bisognava capire bene i modi della produzione giuridica a partire dalla volontà, perché è con la volontà che abbiamo quei fatti, ai quali la scienza dovrà guardare⁵⁵.

⁵³ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 4 (corsivo nel testo).

⁵⁴ *Ex facto ius oritur*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, Società Tipografica Modenese, Modena 1930, p. 87.

⁵⁵ A partire dalla volontà – era la provocazione cesariniana, una provocazione di Cesarini Sforza filosofo del diritto, alla scienza giuridica. Egli aveva chiaro che i tentativi migliori di sostenere la scientificità del diritto si erano ormai decisamente avviati verso l'oggettivismo di una teoria del diritto dove la volontà non solo non aveva posto, ma era esclusa. È

Quando diciamo *ex facto ius oritur*, il diritto ha origine dal fatto, non ci limitiamo a ripetere il titolo di uno degli articoli con i quali Cesarini Sforza riprese la sua riflessione filosofica negli anni trenta, perché la frase è anche un brocardo, un detto giuridico in latino estrapolato dalla tradizione del diritto romano, che (era un vezzo comune) serve a indicare, in breve, il frangente o il dettaglio di un processo osservato⁵⁶. L'origine della locuzione *ex facto ius oritur* è processuale, perché richiama la cautela del giudice, che rifiuta di procedere a giudizio a meno che non sussista un fatto da giudicare; però Cesarini Sforza si spingeva a prendere la massima sul serio, affrontandone il significato (ambizioso e problematico) per cui, sebbene sia impossibile che «dato un fatto sia *immediatamente* dato il diritto», d'altronde «*senza un fatto il diritto non nasce*»⁵⁷. I fatti non costituiscono diritto, nemmeno se li si richiama a una volontà e li si considera i suoi prodotti – rimanevano difficoltà da affrontare; eppure, per Cesarini Sforza, concependo il fatto come un prodotto della volontà, se ne potevano scandagliare le complicità con il diritto. Se è vero che il diritto è ulteriore rispetto al fatto, al fatto può sempre ritornare: se può sembrare che il fatto contraddica il diritto, spesso vale che non si è esplorata fino in fondo la loro «coesistenza»⁵⁸.

A causa della sua indole generale, la scienza giuridica aveva negato troppo in fretta che al diritto si accedesse a partire dalla soggettività *fattuale* dei comportamenti, dimenticando come la sua oggettività derivi dalle azioni di iniziativa individuale. Quando pensiamo il diritto a partire dalla sua oggettività, il suo carattere esula da qualsiasi espressione soggettiva. Il diritto non si compone di manifesta-

in questo senso che nel 1926-1927 Duguit e Kelsen congiuntamente dettero avvio ai lavori della *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*.

⁵⁶ Per la diffusione di questa abitudine, basti pensare che, a neanche un anno di distanza, fu pubblicato un altro articolo dedicato allo stesso brocardo; cfr. O. CONDORELLI, *Ex facto oritur jus*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 9, 1931, pp. 585-600.

⁵⁷ *Ex facto ius oritur*, cit., p. 95 (corsivo nel testo).

⁵⁸ «Fatto e diritto – scriveva Cesarini Sforza in *Ex facto ius oritur* – esistono in quanto coesistono. Può sí apparire una scissione fra l'uno e l'altro; spesso, come si suol dire, il fatto nega il diritto o il diritto resiste al fatto. Ma è appunto un'apparenza. In realtà è un fatto nuovo e diverso che può distruggere quello mediante cui un diritto si affermerebbe ed impedire, conseguentemente, la realizzazione del diritto stesso; ma il diritto, che era sorto, rimane intangibile, perché si risolve in una qualità attribuita incancellabilmente a un dato fatto, che possa verificarsi, anche se poi effettivamente non si verifica» (*ibidem*).

zioni volontarie, ma di specifiche organizzative che soprassedono a qualsiasi variazione individuale⁵⁹.

Si potrebbe affermare che l'oggettività è preposta a diminuire la variabilità dei comportamenti individuali; quest'ultima è sinonimo di incertezza, irregolarità, disordine, ovvero, anche qui, di arbitrio. Niente il diritto ha in maggior sospetto dell'arbitrio, soprattutto quando la scienza giuridica è generale e supera l'ipotesi della volontà del legislatore sostituendo l'organizzazione al rilievo delle attività individuali: se rimuoveva l'iniziativa individuale, la scienza aveva le sue ragioni.

Ricercando come un ordine delle attività realizza una organizzazione, l'individualismo dei comportamenti doveva giocoforza sembrare lontano dalla regolarità che il pensiero scientifico richiede. Per prevenirne l'arbitrio, il diritto era spinto a prevedere i comportamenti individuali e a farli rientrare entro i criteri di una organizzazione politica. E tuttavia, era proprio la stessa scienza a consegnare gli individui alla loro individualità, non lasciandogli altra maniera di esprimersi se non nel segreto o nel mistero delle loro azioni, che si rappresentavano iniziare e finire in un solo individuo, che perseguirebbe i *propri* scopi con i *propri* mezzi. Non è insensato immaginarci questi individui isolati, assunte le premesse della scienza giuridica generale, una scienza che, come abbiamo visto, non aveva la capacità di figurarsi altrimenti, avendo rimosso insieme al comando la struttura che pure serve per parlare della cooperazione. Che gli individui possano «volere l'azione altrui», che si riferiscano agli altri individui per realizzare le loro volontà, ecco che cosa, per la scienza, era davvero insensato.

Quando, in *Ex facto ius oritur*, Cesarini Sforza cominciava dall'ipotesi che il fatto fosse un prodotto della volontà, cioè che ogni fenomeno giuridico avesse al fondo la manifestazione di una volontà, egli contraddiceva l'opinione che i fenomeni giuridici fossero meglio le specifiche organizzative di un corpo sociale. Dalla concezione oggettivistica dei fenomeni giuridici si faceva discendere il loro carattere

⁵⁹ È la logica del «rimedio coattivo», che abbiamo visto *supra* (vedi n. 45): che una norma non sia adempiuta, non importa per l'organizzazione, perché sostituirà un altro individuo all'individuo inadempiente, assicurando lo svolgimento regolare delle attività. Che si possa sostituire l'azione di un individuo a quella di un altro, ci indica che è irrilevante quale volontà si manifesti in quell'azione, fintantoché la norma sia adempiuta. Ci è chiaro cioè che delle volontà si sta facendo una considerazione astratta.

obbligatorio, la loro normatività. Non se ne era, però, spiegata la formazione. Per Cesarini Sforza, serviva anticipare di nuovo il soggettivismo giuridico: comandare e cooperare, «volere l'azione altrui» è il segnale che le attività si danno un ordine, che c'è produzione normativa.

Il riferimento della volontà di un individuo all'azione di un altro è l'inizio della produzione normativa, che, intanto, avviene nei comportamenti individuali, e non nelle specifiche organizzative alle quali guarda la scienza. Se riusciamo a astenerci dalla riconduzione immediata delle azioni all'oggettività di un'organizzazione, le volontà ci appariranno nella loro iniziativa, ovvero inserite nel processo che produce sia un ordine delle attività, sia le norme con le quali ce lo rappresenteremo. Capiamo, così, perché le volontà debbano essere considerate concretamente, e che cosa voglia dire.

La volontà è, qui, *normativa*, perché non si trasfonde immediatamente nell'azione, ma si pone a sé stessa, e ad un'altra volontà, come regola o modello da cui scaturisce, per essa, o un diritto o un obbligo, ai quali corrispondono rispettivamente un obbligo o un diritto altrui. In questo atto normativo c'è il fatto, ma come contenuto di una norma, e c'è anche la norma, ma come modello di una volontà. [...] nel fenomeno giuridico concreto il momento della formazione e quello dell'attuazione della norma si convertono l'uno nell'altro. [...] il taglio netto che separa il mondo del diritto dal mondo dei fatti scompare, ove si considerino non le formole (*sic*) normative – cioè il diritto obbiettivo –, ma le norme poste ed attuate nei fenomeni giuridici concreti.⁶⁰

La scienza giuridica, per Cesarini Sforza, esattamente non si disinteressa delle volontà. Il pensiero scientifico, semmai, le comprende in quanto sono definite giuridicamente, in quanto cioè l'organizzazione ne prevede la realizzazione. Ma questo non poteva bastare se si voleva parlare delle ragioni per cui un ordine si forma, e oltretutto falliva appieno nella rappresentazione della produzione normativa che pure la scienza intendeva continuare nella sua razionalità. Per capire in che senso ci sia produzione normativa, in che senso le attività si diano un ordine, occorre infatti che non si osservasse tanto una volontà giuridicamente definita, bensì una

⁶⁰ *Ex facto ius oritur*, cit., pp. 96-97 (corsivo nel testo).

volontà che giuridicamente si definisce. Per Cesarini Sforza, quando è concreta una volontà al tempo stesso forma e attua una norma; non passando all'azione, ma riferendosi all'azione di altri individui, essa compone così lo spazio del comando e della cooperazione dove le attività si ordineranno.

In *Ex facto ius oritur*, Cesarini Sforza si affidava al lessico della concretezza per cogliere la singolarità di una volontà che produce diritto non volendo per proprio conto, ma dirigendosi all'azione altrui. Negli anni trenta, egli ricorse in altre occasioni alla stessa scelta terminologica per indicare che la filosofia del diritto ambiva a fare spazio, nel pensiero scientifico, alle azioni degli individui che, volendo, danno occasione a un ordine di formarsi, senza che i loro comportamenti siano definiti secondo la previsione di una organizzazione politica che li precede. I fenomeni giuridici «concreti» ai quali Cesarini Sforza si riferiva rimanevano fuori dal campo di osservazione della scienza giuridica perché non facevano parte, di per sé, di un ordine delle attività, ma lo formavano; eppure, il pensiero scientifico doveva trovare il modo di concepirli, pena non avere niente da dire, quando ci si fosse chiesti come si dia luogo a una organizzazione e la si realizzi, sempre di nuovo. Un'altra volta, però, non si trattava di arrivare dalle vaghezze della filosofia del diritto per correggere gli errori della scienza giuridica. Riprendendo le sue riflessioni giovanili, Cesarini Sforza trovava nella tradizione giuridica gli strumenti della sua critica.

Ci si ricorderà che, nella filosofia del diritto di Cesarini Sforza degli anni giovanili, era percepibile un tema ricorrente. L'abbiamo chiamata l'«impronta romanistica» della scienza giuridica e abbiamo studiato come l'antichità del diritto romano ponesse un problema alla scienza, che, come nella scienza del diritto pubblico e nella storia del diritto romano, se ne disfaceva scoprendovi un terreno, ulteriore alla modernità, dove riscontrare la generalità dell'organizzazione politica. Quando riprese a lavorare negli anni trenta, Cesarini Sforza non lasciò cadere nel vuoto la sua intuizione giovanile, ma la sviluppò e la portò a pesare come un'alternativa alla rappresentazione scientifica del mondo del diritto. Rivolgersi al diritto romano era, in Cesarini Sforza, un richiamo alla semplicità del processo di produzione normativa. All'apparenza, i suoi studi hanno un che di superficiale, quando cercano di riferirsi ai fenomeni giuridici nella rarefazione di una volontà che semplicemente si afferma. Non toglieremo le riflessioni cesariniane a questa loro semplici-

tà; si tratterà solo di mostrare che, per quanto semplici, le affermazioni volontarie non hanno niente di semplicistico. Le implicazioni del pensiero filosofico di Cesarini Sforza, con la ricerca, nella tradizione giuridica, di un diritto soggettivo *filosofico*, scopercchiavano la possibilità di fare scienza da un altro «punto di vista».

In *“Ius” e “directum”*, oscuro scritto del 1930⁶¹, Cesarini Sforza si dedicò a una ricognizione del diritto romano al fine di determinare quanto serviva per aprire il discorso del diritto a una considerazione «concreta» delle volontà che producono l’oggettività giuridica. Bisognava disporre di un concetto giuridico che si rivolgesse alla soggettività nel momento in cui produce l’oggettività, e non già in quanto la si derivi da un’oggettività giuridica che ha presente la sua affermazione e la sua conformazione. Cesarini Sforza, ecco qui il rilievo della romanistica, trovava tale concetto in ciò che egli chiamava il diritto soggettivo *romano*, che mobilità contro il diritto soggettivo moderno per invitare la scienza giuridica a occuparsi della realizzazione di un’organizzazione in un ordine delle attività nel contesto della formazione di quest’ultimo⁶².

⁶¹ *“Ius” e “directum”*. Note sull’origine storica dell’idea di diritto, Stabilimenti Poligrafici Riuniti, Bologna 1930. Cesarini Sforza ebbe aspirazioni «colte» in più di una occasione. *“Ius” e “directum”* è una di queste, mostrando un certo grado di complessità nello scavo e nelle ricerche delle fonti. Molta sua produzione minore fu rivolta alla consultazione di archivio, per uscirne con risultati a volte interessanti, come nel caso della ricostruzione della storia dell’università parmense – cfr. *Il padre Paciaudi e la riforma dell’Università di Parma ai tempi del Du Tillot*, in «Archivio storico italiano», 74, 1916 (1), pp. 109-136 e *L’ordinamento degli studi giuridici nell’Università di Parma secondo la riforma del 1769*, in «Il Filangieri», 42, 1917 (2), pp. 144-152, dove un Cesarini Sforza storico mostrava una sensibilità spiccata per l’evoluzione degli insegnamenti giuridici, in particolare per i destini della filosofia del diritto come disciplina. Sono informazioni che ci saranno utili *infra*, quando rimetteremo in discussione i rapporti tra filosofia del diritto e scienza giuridica, ma per ora ci basti notare che, se *“Ius” e “directum”* può essere annoverato tra i *side projects* cesariniani, ciò non toglie nulla alla sua natura rigorosa, e per di più impegnata, nonché strettamente collegata all’andamento principale delle sue riflessioni filosofiche.

⁶² *“Ius” e “directum”* sosteneva la tesi che il diritto potesse essere concepito tanto nella sua antichità, quanto nella sua modernità. Il diritto antico era lo *ius*, che nella modernità era diventato il *directum*. Cesarini Sforza porta avanti la tesi che la differenza tra i due sia per intanto linguistica: *ius* è sostantivo, dal quale si deriva l’aggettivazione *iustus*, mentre *directum* è prima aggettivo, che quindi viene sostantivato. Il carattere aggettivale di quest’ultimo lascia intravedere che nella modernità il diritto è attribuito di un soggetto, che lo riceve in un processo di attribuzione facente capo all’ordinamento giuridico, mentre lo *ius* è una cosa, un certo che di sostantivo, che non può essere apposto e tolto alla bisogna.

L'*ubi consistam* della sua ricognizione del diritto romano era, per Cesarini Sforza, il ritrovamento di un discorso che, rivolgendosi al diritto oggettivo, lo facesse a partire dalla partecipazione soggettiva alla sua formazione. Concepito il diritto oggettivo come un «potere», esso doveva ammettere la partecipazione degli individui.

In "*Ius*" e "*directum*", Cesarini Sforza chiamava *ius* il concetto romano del diritto soggettivo; questo gli permetteva di credere possibile concepire giuridicamente le azioni di iniziativa individuale, lontano da ogni loro individualismo e nella misura in cui esse esprimono la *potestas* individuale di partecipare alla formazione di un «potere obbiettivo»:

il *ius* in senso subbiettivo rappresenta per i Romani, allorché la sua differenziazione dal diritto obbiettivo è avvenuta, [...] una partecipazione del singolo al potere obbiettivo, ossia una *potestas* del singolo che, rispetto a quella obbiettiva, è diventata una facoltà.⁶³

Dal punto di vista di questo potere, il diritto soggettivo era una facoltà, una *facultas* o anche una *facilitas* di agire nelle linee previste durante la rappresentazione oggettiva di un ordine delle attività (che l'etimologia della facoltà rimandi alla facilità di un'azione, mette bene in risalto, qui, che le azioni individuali sono portate a termine senza le difficoltà di «volere l'azione altrui», ma anche, di conseguenza, senza riuscire a sfuggire alla loro ripetizione).

Per Cesarini Sforza, la *facultas* di agire era la capacità di ripetere un'azione che rientra in un ordine delle attività come una sua specifica organizzativa – era una capacità astratta, perché non considerava quello che, con un'azione, si compie, ma rappresentava le azioni come compiute in aderenza a un ordine delle attività. Al contrario, scriveva, «il diritto romano puro dà rilievo al concretarsi in dati soggetti di una data capacità», concependo la capacità non astrattamente ma concretamente, e perciò arrivando a una nozione alternativa del diritto soggettivo. Secondo Cesarini Sforza il diritto romano «come non ha la nozione astratta» della capacità di

⁶³ "*Ius*" e "*directum*", cit., p. 11. La «differenziazione» di cui parla Cesarini Sforza è quella che permette di concepire le volontà del «singolo» come la «manifestazione di un potere privato» (*ibidem*).

un individuo di agire, così «non l'ha del diritto subbiiettivo»⁶⁴. Il diritto soggettivo, allora, non doveva essere una *facultas*; bisognava ricordarsi che poteva servire, meglio, a rappresentare una *potestas*.

Che il diritto soggettivo sia inteso come *facultas* o come *potestas* ha rilievo sulla rappresentazione della storia del diritto, sulla qualità del movimento che gli attribuiamo. Cesarini Sforza ci ha parlato di un «potere obbiiettivo» al quale partecipano gli *iura*, i poteri soggettivi; ma il nome che possiamo dargli è *iustitia*: «il sistema giuridico considerato obbiettivamente, a cui corrisponde un certo ordinamento di poteri o facoltà»⁶⁵. Se ammettiamo che la *iustitia* non sia un certo che di fisso, ma che possa variare, allora ci dobbiamo spiegare come ciò avvenga. Cesarini Sforza toglieva al diritto romano e ai dibattiti che attraversavano la romanistica l'idea che la *iustitia* cambi a misura che la si confronti con l'*aequitas*⁶⁶. Ci ricorderemo che era stato uno dei romanisti e civilisti che a fondo definirono le tendenze della scienza giuridica italiana tra ottocento e novecento, Vittorio Scialoja, a intervenire sul rapporto tra il diritto positivo e l'equità. Dalla civilistica ottocentesca, sulla scorta dello storicismo, la scienza giuridica riceveva l'impressione dell'importanza di affidare il diritto alla sua evoluzione; si sollevava così la questione di come avvenga che il diritto cambi durante questo suo processo «evolutivo».

Col mutarsi de' tempi – scriveva Scialoja – si mutano le condizioni della società: alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono: ciò che prima era uguale, diventa disuguale; e la maggior sensibilità dei popoli progrediti fa loro scorgere certe differenze che prima non avvertivano. Mutando ciò che si deve ordinare convien che l'ordine stesso si muti. Le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo

⁶⁴ “*Ius*” e “*directum*”, cit., p. 13: «per i Romani [...], la capacità giuridica è un dato concreto; non l'uomo, come tale, è giuridicamente capace, ma è capace questo o quell'uomo, e la sua capacità si riferisce a una concreta sfera di diritti».

⁶⁵ “*Ius*” e “*directum*”, cit., p. 14. Sono «poteri o facoltà» a seconda che li si concepisca nella loro soggettività o nella loro oggettività – dalla parte della formazione di un ordine delle attività o dalla parte di un ordine formato e stabilito in «ordinamento», in organizzazione.

⁶⁶ Esempio di un dibattito di quegli anni rivolto a definire come l'equità debba conferirsi alla giustizia (che può intendersi anche come diritto positivo) è quello tra Giuseppe Maggiore (G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923, pp. 256-287) e Biagio Brugi (B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923, pp. 450-453).

è così irradicato nell'animo umano che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto.⁶⁷

Nell'evoluzione del diritto, nella sua storia, si rende indispensabile una funzione di aggiornamento delle forme giuridiche: una lunga tradizione individuava nell'equità questa funzione. Cesarini Sforza riscontrava nello stesso concetto di equità una variazione, segnale della differenza tra antichità e modernità del diritto. È una variazione che, al di là delle ascendenze filologiche, ci fa distinguere l'*aequitas* romana dall'equità moderna. L'*aequitas* era «un mezzo e un metodo di creazione del diritto». «Oggi, invece – egli scriveva –, l'equità è essenzialmente un mezzo e un metodo di applicazione della norma astratta alle circostanze del caso concreto, in base a criteri non strettamente giuridici»⁶⁸. Contenuto nel concetto, c'è sempre stato un riferimento all'applicazione del diritto, in particolare un riferimento alla decisione giudiziaria. Ma Cesarini Sforza distingueva l'*aequitas* del diritto romano, per la quale, attuando una norma, si trattava anche di formarla, dall'equità del diritto moderno, per la quale era questione di adattare il diritto positivo a esigenze particolari, senza che queste potessero pesare sulla sua definizione. Non potevano pesare sulla sua definizione perché non erano esigenze giuridiche: corrispondevano invece a principi generali che ben poco avevano a che fare con i luoghi dove il diritto si trasforma.

⁶⁷ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, 1879, ora in «Annali della facoltà giuridica dell'università di Camerino», 1 (Nuova Serie), 2012, pp. 179-205, p. 198. In maggiore dettaglio sulle posizioni di Scialoja, vedi *supra*, cap. 2, pp. 177-182.

⁶⁸ «*Ius*» e «*directum*», cit., pp. 24-25. Di recente, sull'equità sono intervenuti i contributi in D. MANTOVANI e S. VECA (a cura di), *Quante equità?*, Istituto lombardo di scienze e lettere, Milano 2017. Alcuni degli articoli raccolti, c'è da dire, rappresentano bene quelle derivate dell'equità, che Cesarini Sforza criticava. Il volume fornisce tuttavia, nel suo complesso, un'agevole introduzione al concetto attraverso le molte parole che s'è voluto che assumesse nella storia (*epieikeia*, *aequitas*, equità, *equity*). Avevano tentato una ricostruzione del concetto di equità F. CALASSO, *Equità (premessa storica)*; V. FROSINI, *Equità (nozione)*; e SALV. ROMANO, *Equità (principio di) (dir. priv.)*, voci dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano 1966, pp. 65-106, e ancora prima A. GUARINO, *Equità (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino 1966. Ne risulta una diffusa difficoltà di definizione, se non ci si vuole accontentare di dire, tradizionalmente, che equità sia la *giustizia nel caso concreto*.

Insistendo su questo frangente per tracciare il profilo dell'*aequitas* classica, Cesarini Sforza parlava della «vita del diritto», ricorrendo a un lemma con il quale egli aveva una lunga frequentazione:

l'*aequitas* è il prodotto di una sensibilità che l'intensità della vita del diritto, e il confluire in questa di molti interessi d'ordine ideale, mantengono continuamente all'erta [...]. Secondo la pura concezione romana l'*aequitas* rappresenta un principio critico, ma interno alla vita del diritto, manifestazione della stessa coscienza giuridica che è in continuo divenire e che porta sempre nuovi equilibri fra i poteri e gli obblighi.⁶⁹

La differenza decisiva dell'*aequitas* con l'equità è che «il contrasto, sul terreno nel quale agisce l'*aequitas* classica, non è tanto fra la volontà e la forma», scriveva Cesarini Sforza, quanto «fra due volontà»⁷⁰. Scialoja, su tutti, aveva inserito l'equità nel processo di aggiornamento delle forme giuridiche rispetto al loro contenuto: se una forma non si adagia bene al suo contenuto, la sua applicazione deve essere temperata; se, in seguito, a quell'applicazione l'ordinamento giuridico conferisce statuto positivo, si potrà dire che la forma ha mutato aspetto. Niente di simile nell'*aequitas*, che presenta un «contrasto» aderente ai luoghi e ai modi di produzione del diritto. Scialoja aveva sostenuto che quanto si ottiene con l'equità dovesse ricevere l'*imprimatur* di un ordinamento giuridico, per essere diritto positivo; Cesarini Sforza richiamava, invece, un processo nel quale, nel rapporto «fra due volontà», il diritto è prodotto a misura che lo si afferma.

Né Cesarini Sforza avrebbe lasciato perdere quel che aveva acquisito durante la sua ricognizione del diritto romano: nelle *Avventure del diritto soggettivo*, egli avrebbe ribadito che «la soggettività del diritto», cioè «il concetto del diritto come volontà soggettiva», è «frutto del pensiero romano»⁷¹, ricorrendo, ancora, al lessico della concretezza per parlare del diritto soggettivo come *potestas*.

⁶⁹ *"Ius" e "directum"*, cit., p. 23; cfr. anche pp. 23-24: «Questo concetto dell'*aequitas* discende logicamente dall'idea dell'*aequalitas*, e insieme dall'idea del *ius* come potere della volontà; perciò l'*aequitas* è l'espressione più viva della *iustitia* intesa nel senso classico».

⁷⁰ *"Ius" e "directum"*, cit., p. 26.

⁷¹ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 2.

Il *ius* è un potere del volere, volere non astratto ma concreto, di un soggetto *sui iuris* puntualmente determinato, cioè di un *paterfamilias*, di un *dominus*, di un *civis*. Nessuna distinzione, all'origine, tra diritto pubblico e diritto privato: l'autonomia dei privati ha, sia pure in limiti più ristretti, la stessa efficacia, come fonte di diritto oggettivo, della potestà statale. *Ita ius esto*, in bocca al singolo, esprime tanto la sua personale volontà ordinatrice del rapporto tra sé e un altro, quanto la norma di tale rapporto. E quasi sempre, dove noi diremmo diritto soggettivo, i Romani dicono *actio*, azione, perché nell'agire per ottenere un certo risultato contro un avversario, vedono non tanto la difesa quanto la posizione del diritto, ossia il loro diritto soggettivo vive nell'attività di chi lo afferma, lo sostiene e lo mantiene.⁷²

Capiamo forse bene ora, dopo avere compreso l'estensione del richiamo cesariano del diritto alla concretezza delle affermazioni volontarie, che egli svolgeva a stretto contatto con il diritto romano, ciò che dicevamo sulla semplicità che Cesarini Sforza sosteneva dovesse servire al pensiero scientifico per studiare i fenomeni giuridici. Alla complicazione della *facultas*, egli preferiva la semplicità della *potestas*, che nient'altro era se non lo *ius*, un diritto *soggettivo* che porta a una concezione dell'organizzazione politica nella partecipazione delle volontà alla sua formazione, qualsiasi siano le sue specifiche.

Rimaneva da chiedersi che cosa avesse provocato il passaggio da questa concezione del diritto soggettivo a una concezione che lo intendeva come una facoltà, come la capacità astratta di agire apprestata dall'ordinamento giuridico per gli individui, che sono soggetti di diritto. «Che cosa poteva oscurare – si chiedeva Cesarini Sforza – questa fondamentale idea romana del diritto come soggettività? Evidentemente – egli si rispondeva –, una esigenza di oggettività»⁷³. Non andiamo alla ricerca delle cattive pratiche che hanno dilapidato il patrimonio «azionario» romano, non era questo il punto, perché il punto non era certo, per così dire, un ritorno alle origini. Non c'era alcuna nostalgia risorgimentale nello sguardo che Ce-

⁷² *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 3; cfr. p. 4: «per i Romani è nel mondo delle concrete volontà che s'instaura ciò che per la realtà pratica corrisponde a quel che è la scienza per la realtà teoretica, cioè la coerenza tra le azioni umane, la loro razionalità, il loro ordine, la loro giuridicità»

⁷³ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 5.

sarini Sforza rivolgeva al diritto romano, ma l'intenzione di richiamare il diritto a un «paradosso del diritto soggettivo»⁷⁴: la semplicità del suo riferimento, attraverso la romanistica, a un diritto soggettivo *filosofico*, un diritto soggettivo che non collima con il diritto soggettivo che la scienza definisce come una facoltà del soggetto di diritto, era decisa a riferire anche la scienza giuridica alla sua storia, laddove il pensiero scientifico aveva tagliato i ponti con la sua «impronta romanistica».

È paradossale, il diritto soggettivo, perché una volta che lo si sia inteso come una *potestas* diviene evidente l'«insoddisfazione che la volontà stessa, ponendosi come diritto, prova necessariamente»⁷⁵. Dal bilico al quale la volontà si espone quando si afferma partecipando alla formazione dell'oggettività giuridica, è da qui che otteniamo un indizio del transitare del diritto soggettivo nel diritto oggettivo. Non c'era nessuna facilità, ancora, nelle manifestazioni di volontà che il pensiero cesariniano invitava a prendere in considerazione. Se la volontà è normativa, se si spinge a «volere l'azione altrui», non vuole dire che sia immediatamente diritto. Se la filosofia del diritto di Cesarini Sforza criticava, nella sua generalità, l'impostazione oggettivistica della scienza giuridica, non dobbiamo dimenticarci che non poteva farlo sostituendosi a questa nella definizione di che cosa il diritto sia.

Le intuizioni giovanili cesariniane sul rapporto tra la riflessione filosofica e il pensiero scientifico conservavano tutta la loro importanza, anche negli scritti della maturità. Perciò, se Cesarini Sforza richiamava il diritto soggettivo allo *ius* scoperto nel diritto romano, se insisteva che bisognasse considerare l'oggettività giuridica nel momento in cui è prodotta a partire dalla soggettività di una volontà che è normativa in quanto esprime un potere, una *potestas*, non era per farla finita con la rappresentazione scientifica del mondo del diritto, con l'oggettività giuridica, e nemmeno per trovare una volta per tutte l'origine del diritto in una qualche idea filosofica di individualità, ma per ricordare alla scienza giuridica di interrogarsi sui modi in cui è possibile che il diritto venga prodotto.

⁷⁴ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 2.

⁷⁵ *Ibidem*.

Possiamo dire di avere fermato, con questa prima incursione negli anni trenta, il senso di una preoccupazione costante del pensiero cesariniano: la possibilità di «volere l'azione altrui» non è banale, e abbiamo gli strumenti, filosofici e scientifici, per dire che sia impossibile farlo; eppure, questa possibilità deve essere «viceversa» una possibilità, perché è nel riferimento di un individuo a un altro che l'oggettività del diritto si produce.

Non deve prodursi, e nell'affermazione del potere di una volontà, di una volontà in quanto è soggettiva, non c'è niente che ne garantisca la realizzazione, ma se vogliamo parlare della produzione normativa senza rimuoverne le ragioni, è questo che ci serve: ci serve che le norme non siano una garanzia dell'ottenimento di determinati comportamenti, ci serve che siano degli interventi normativi, dei tentativi che, se ottengono un ordine delle attività, non facciano dimenticare che potevano non farlo:

l'oggettività del mio volere non può trovarsi che nel volere dell'altro, in quanto voluto da me. Il rischio è forte, il rischio dell'insuccesso in questo tentativo di creare una realtà oggettiva col mio volere soggettivo: una realtà oggettiva che è precisamente il contenuto della mia libertà. Eppure, questo rischio non solo è affrontato in ogni momento, ma anche superato: sorgono attraverso di esso, vivono e decadono le istituzioni sociali, dalle più piccole alle più grandi, creazione, ciascuna, di volontà che in esse s'irradiano e si liberano.⁷⁶

È stato rilevante mostrare come Cesarini Sforza si sia intrattenuto con la struttura del comando e della cooperazione come quella di un «volere l'azione altrui» fino da *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto* e *Norma e sanzione*, rilevante perché è su queste basi che possiamo avvicinare le riflessioni filosofiche cesariniane prima e dopo lo iato delle pubblicazioni tra il 1922 e il 1928, sostenendo che l'impostazione giovanile del discorso del filosofo del diritto forlivese sopravviva al suo distacco dalle frequentazioni accademiche e al mutato contesto politico e sociale. Non solo sopravvive, ma prosegue. L'intuizione giovanile prende corpo e porta a pensare, negli scritti della maturità filosofica, che cosa comporta accosta-

⁷⁶ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 23.

re il comando e la cooperazione a una medesima struttura: segnatamente, l'acclamazione comporta sprofondare il diritto nella concretezza delle volontà che si affermano, come ci è stato chiaro da *Ex facto ius oritur* – è in un tale sprofondamento che va ricercata la normatività, laddove gli individui comandano e cooperano con gli altri, «volendone» l'azione. Cesarini Sforza, allora, imprestava dal diritto romano l'idea di un diritto soggettivo *filosofico* attraverso il quale mettere conto della affermazione delle volontà, della loro partecipazione alla formazione di un «potere» oggettivo: da *“Ius” e “directum”* alle *Avventure del diritto soggettivo*, egli scopriva nello *ius* la ragione di rivolgersi alla formazione di un ordine delle attività prima e nel mentre che esso dà luogo a un'organizzazione politica. Se non dimentichiamo che le speculazioni cesariniane derivano da un confronto serratissimo con la scienza giuridica in tema di cooperazione e comando, capiamo, infine, perché, riportando il diritto soggettivo a un potere della volontà, a una *potestas*, un potere soggettivo, Cesarini Sforza ne parlasse come di una possibilità «viceversa». In *Norma e sanzione*, egli aveva dimostrato l'impossibilità del comando, che è anche quella della cooperazione, perché è l'impossibilità di «volere l'azione altrui» – ma se con il diritto soggettivo troviamo un processo di produzione soggettiva dell'oggettività, ciò significa che la scienza ha fatto male a fermarsi alla denuncia dell'impossibilità del comando e della cooperazione, perché quell'impossibilità deve solo servire a puntare il dito sul «rischio» di ogni affermazione volontaria contemporanea alla produzione normativa, sarebbe a dire: sulla contingenza del processo che porta da un ordine delle attività a un'organizzazione.

È opportuno, ora, che ci spingiamo oltre, facendo una seconda incursione negli anni trenta della filosofia del diritto di Cesarini Sforza. Qui, ci accorgeremo che a dispetto delle somiglianze di lungo corso riscontrabili nelle riflessioni cesariniane qualcosa pure era disposto a variare. Non dobbiamo prendere alla leggera ciò che è stato acquisito nel confronto, per così dire, alla romana con il diritto soggettivo: negli anni trenta, Cesarini Sforza si rendeva conto di un'alternativa alla restituzione che del diritto romano faceva la romanistica quando essa era ispirata alla scienza del diritto pubblico. In particolare, se ne poteva derivare una concezione di un potere oggettivo, che è l'ordinamento giuridico *in genere*, e *nello specifico* lo stato, il quale viene a crearsi nella partecipazione dei poteri soggettivi alla sua formazione.

Non si è detto certo poco: quando il diritto soggettivo è un potere della volontà, e per ora non importa che sia potere pubblico o privato, viene sgomberata la strada verso un'impostazione della scienza giuridica che non abbia da cominciare gioco-forza dall'oggettività di un'organizzazione politica – Cesarini Sforza aveva le idee chiare: si poteva rispondere *positivamente* alla domanda se sia possibile una scienza giuridica generale che non sia una scienza del diritto pubblico.

C'è speranza per la scienza, perché questa può appropriarsi della paradossalità del diritto soggettivo e studiare i modi di produzione del diritto a partire dall'«insoddisfazione» delle volontà mentre cercano di affermarsi. Il circolo dell'oggettività e della definizione, ripensato negli anni trenta, non doveva essere un circolo vizioso. «La conoscenza scientifica – scriveva Cesarini Sforza nei *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto* (1932) – si risolve in un circolo, che non è vizioso, ma connaturato alla conoscenza stessa, e che si riproduce identicamente nel processo di creazione giuridica»⁷⁷. È evidente che qualcosa fosse cambiato⁷⁸. Cesarini Sforza, adesso, voleva rendere la scienza giuridica all'altezza di dedicarsi ai luoghi dove si «crea» il diritto; aveva scoperto nella concezione della volontà come potere soggettivo uno stile della partecipazione degli individui alla formazione dell'oggettività giuridica; infine, nei *Problemi dominanti*, egli suggeriva di essere disposto a sollevare la scienza giuridica da quei sospetti di viziosità e di chiusura, che le aveva rivolto durante gli anni giovanili.

Abbiamo raccolto un certo numero di prove indiziarie, ma il nostro discorso è ancora tale che ne potrà ricevere un'ultima. Ci rimane da rivolgerci al saggio *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica* (1934), dove Cesarini Sforza ci dà una idea di quali siano le ragioni che lo portarono a *intervenire* nella scienza giuridica, a far pesare le acquisizioni delle sue riflessioni filosofiche sul pensiero scientifico e pro-

⁷⁷ *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 12, 1932, pp. 188-200, p. 197.

⁷⁸ L'opinione mantenuta da Cesarini Sforza nei *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto* è, in particolare, diametralmente l'opposta di quella, che egli sostenne in *Il concetto del diritto*, cit., p. 37, dove egli, parlando dell'attribuzione ai comportamenti del «carattere della “giuridicità”», diceva che questa consisteva in un «circolo vizioso» (in esteso sul tema vedi *supra*, cap. 2, p. 164, ma in generale si ricordino tutte le occorrenze dove Cesarini Sforza ci ha parlato della circolarità «chiusa» della scienza giuridica).

vocarvi una reazione⁷⁹. In particolare, egli v'introduceva un concetto capace di inserire le azioni individuali entro un processo dalle ambizioni generali di produzione soggettiva dell'oggettività. Questo concetto è l'*espressione*.

Oggettività e astrattezza cominciava con la ripetizione di idee che ci sono consuete sul rapporto tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica: Cesarini Sforza scriveva che, mentre «il pensiero scientifico pone il fondamento del diritto nell'oggettività (in altri termini, è posizione del diritto come oggetto), il compito della filosofia è di scoprire quel fondamento nella soggettività, di definire in questa ultima il perché e il come di quella posizione»⁸⁰. Ma ora ci si poteva convincere ulteriormente dell'opportunità di una riflessione filosofica sul diritto, dato il «processo di disgregamento» al quale è «oggi in preda il blocco, già compatto, dell'oggettività giuridica», processo che è non soltanto interno alla scienza, poiché è fomentato dal difendersi delle «autonomie giuridiche»⁸¹.

⁷⁹ *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 9 (Nuova Serie), 1934, pp. 98-143, poi raccolto, insieme a molti altri scritti, in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Giuffrè, Milano 1956, per omaggiare Cesarini Sforza, che lasciava la cattedra romana per pensionamento; citeremo da quest'ultima edizione.

⁸⁰ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 23. Era il richiamo, che Cesarini Sforza faceva da tempo, alla produzione normativa, alle azioni di iniziativa individuale che producono le norme e il diritto. «L'essenziale problema, oggigiorno, della filosofia del diritto», egli scriveva, è «quello di spiegare come il concreto e l'astratto coesistano nell'azione giuridica» (p. 34), ovvero quello di «trovare il ponte tra forma e contenuto, tra pensiero e storia, tra scienza e vita del diritto» (p. 45)

⁸¹ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 20. Scriveva Cesarini Sforza che lo sfaldarsi dello schieramento oggettivistico era dovuto «al fenomeno e alla dottrina delle autonomie giuridiche, l'uno e l'altra in pieno sviluppo» (*ibidem*): su questo «fenomeno» delle autonomie intese come unità locali di governo, è bene rimandare al volume numero 43 (*Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra otto e novecento*) dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2014, in particolare all'ampia ricostruzione di L. MANNORI, «Autonomia». *Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia*, pp. 65-134; sulle autonomie, ma intese a partire dalle autonomie sindacali, cfr. invece S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1, 1972, pp. 243-283, dove attraverso la figura di Romano si mette in risalto la diffusione di un discorso in tema di sindacati (cfr. in particolare S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Tip. Vannucchi, Pisa 1909). Cassese si sofferma sul confronto delle posizioni romane con quelle di Sergio Panunzio (sul quale cfr. lo stesso S. CASSESE, *Socialismo giuridico e "diritto operaio". La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-1975, pp. 495-505). Panunzio si occupò di sindacati pri-

Si sente l'influenza del mutato contesto politico e sociale. Se ne vedono i riflessi nella scienza giuridica. Per la scienza, scriveva Cesarini Sforza, «oggettività e positività coincidono»⁸². Si poteva cominciare a dubitare, tuttavia, che la coincidenza di oggettività e positività si estendesse anche allo stato, come faceva nella scienza del diritto pubblico. «Positività e statualità non solo esprimono, per i giuristi, l'oggettività del diritto», ma «ne vogliono essere la spiegazione e il fondamento»⁸³: era lo stato dell'arte della scienza giuridica all'altezza della scienza del diritto pubblico. Ora, diventavano importanti opinioni che, entro l'oggettivismo, si misuravano con il tentativo di superare il riferimento univoco del diritto positivo allo stato⁸⁴.

ma e più a lungo di altri (aveva frequentazioni e ascendenze soreliane), rilevandone l'insorgenza tra otto e novecento a tutto discapito dello stato (S. PANUNZIO, *Stato e sindacati*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (1), pp. 1-20). Il sindacalismo panunziano non faticò a divenire corporativismo (ID., *Stato nazionale e sindacati*, Imperia, Milano 1924 e *Lo stato fascista*, Cappelli, Bologna 1925) e questo ci permette di notare come il discorso sulle autonomie, benché precedente al fascismo, si sia intrecciato ai dibattiti sul diritto corporativo. Ci basti questo per ricordarci del periodo che abbiamo in esame, in tutta la sua complessità.

⁸² *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 23. Sulla coincidenza dell'oggettività con la positività del diritto, cfr. anche p. 19: «l'oggettività giuridica non sarebbe abbastanza definita conformemente alla concezione dei giuristi, se non si aggiungesse che per costoro essa è, praticamente, sinonimo di positività». Forse nessuno meglio di Romano aveva reso la dedizione della scienza giuridica al diritto positivo; cfr. già S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Società Tipografica Modenese, Modena 1901, p. 12: «diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo».

⁸³ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 20.

⁸⁴ Cesarini Sforza teneva presente le correnti che cercavano di districarsi dall'oggettivismo giuridico, almeno in quanto questo è da intendersi come un'impostazione teorica che viene dagli ultimi risultati della pandettistica e dalla scienza del diritto pubblico; almeno in quanto, cioè, l'oggettivismo è da intendersi come un'impostazione teorica che fa capo al ruolo eminente dello stato nella rappresentazione del diritto. Cesarini Sforza si riferiva a quella «concezione istituzionale del diritto» (*Oggettività e astrattezza*, cit., p. 21) presentata da Maurice Hauriou, Georges Renard e Santi Romano (p. 22, n. 2). Ma bisogna inoltre notare che, sebbene non scrissero mai con altrettanta energia di un diritto «oltre lo stato» (cfr. S. ROMANO, *Oltre lo stato*, Tip. Galileiana, Firenze 1918), campioni dell'oggettivismo come Léon Duguit e Hans Kelsen cercarono anch'essi, e a modo loro, di smarcarsi dalla scienza del diritto pubblico: di Duguit, occorre ricordare il maggior rilievo della *société* rispetto all'*État*, mentre, di Kelsen, ci si rammenterà che il suo *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) venne scritto con l'esplicita intenzione di superare la fissazione del diritto, e della scienza giuridica, sullo stato, a vantaggio del diritto internazionale. Vi si trovano pure esortazioni patetiche come la seguente: «il concetto di sovra-

Non si può dire che lo stato venisse messo da parte, affatto, ma si può dire che alla positività veniva conferito il carattere della generalità – e si può dire che, così, andava a realizzarsi l'ambizione del pensiero scientifico di essere una scienza giuridica generale: non tanto allo stato in quanto tale ci si doveva riferire, ma alla positività del diritto *in genere*. Per Cesarini Sforza, era un'apertura che permetteva di pensare il diritto nella sua *posizione*, nel significato incoativo del termine, riferendo il diritto ai modi della sua produzione normativa (della sua affermazione e conformazione)⁸⁵. Si inserisce qui l'opportunità di fermare le ambizioni del concetto di espressione presentato in *Oggettività e astrattezza*. L'espressione era il concetto che tracciava il contorno di come il diritto sia prodotto, di come dalla soggettività delle

nità deve essere radicalmente rimosso. È *questa* la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo per prima cosa bisogno!» (H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 1989, p. 469, corsivo nel testo). Il proposito del patos viene subito frustrato, se l'appello è quello a una «*civitas maxima*», allo «Stato universale come organizzazione universale» (*ibidem*), ma resta da apprezzare che, ancora una volta, Cesarini Sforza sorvegliava gli sviluppi della scienza giuridica da vicino. La defezione dalla scienza del diritto pubblico era chiara a chiunque rincorresse la scientificità del diritto; si trattava di capire, però, quale fosse la strada da seguire – la critica filosofica doveva aiutare in tal senso.

⁸⁵ La scienza, scriveva Cesarini Sforza, si veniva a trovare davanti a un bivio: il «problema odierno della scienza» era «decidere se per definire la positività del diritto [dovesse] essere tenuto fermo il criterio formale, o si [dovesse] ricorrere a un criterio sociologico» (*Oggettività e astrattezza*, cit., p. 23). Sono le due alternative a disposizione dell'oggettivismo giuridico: del diritto *positivo*, si possono mettere in risalto le forme o i contenuti; di una norma, si possono discutere le condizioni di validità o le condizioni di efficacia. Si ha, da un lato, il formalismo di ritenere che il diritto è positivo quando ottempera a una procedura stabilita per la sua posizione: una norma è giuridica quand'è valida; e si ha, dall'altro, il sociologismo di ritenere che il diritto è positivo quando se ne percepiscono gli effetti nel corpo sociale che regola: una norma è giuridica quand'è efficace. Da entrambe le parti, l'oggettivismo si scontra con una «impossibilità di pensare» (p. 47): per il formalismo, è l'impossibilità di «pensare la scissione, ossia, addirittura, di pensare», mentre, per il sociologismo, è l'impossibilità di «pensare la sintesi, ossia, anche così, di pensare» (*ibidem*). Per capirci, dobbiamo dire che «scissione» e «sintesi» sono termini riconducibili alla dialettica di soggettività e oggettività: se si pensa il diritto secondo il «criterio formale», ne viene che l'aspetto soggettivo della norma (la sua affermazione) coincide con la sua oggettività; se, invece, si pensa il diritto secondo il «criterio sociologico», ne deriva che l'aspetto oggettivo di una norma (la sua conformazione) è del tutto staccato dalla sua soggettività. Formalismo e sociologismo erano, per Cesarini Sforza, due tentativi di aprire il diritto allo spettro ampio della positività; mancava solo di fare funzionare la dialettica compresa tra gli estremi delle loro due «impossibilità».

azioni si passi all'oggettività delle norme, di come il diritto positivo debba essere ricondotto alla sua posizione.

Centratura di *Oggettività e astrattezza* sono due definizioni incrociate: da una parte, il *comportamento* è la «sintesi della volizione con l'azione»⁸⁶; dall'altra, l'*atto normativo* è l'«atto del separare l'azione dalla volizione»⁸⁷. Dal loro combinato, si deriva che un comportamento è regolare se «la volontà in esso si realizza (si esprime) [...] con un atto normativo»⁸⁸. La regolarità del comportamento consiste «nel fatto che in esso un volere si esprime conferendo un nuovo significato a una espressione già realizzata»⁸⁹ – e «non c'è manifestazione del volere che non si risolva, intimamente, in un atto normativo, nella posizione di una norma»⁹⁰.

Cesarini Sforza si accingeva a tracciare il contorno di che cosa significa *comportarsi*, un contorno dove inserire il diritto dalla parte delle azioni mentre danno luogo alla normatività di prodursi. Sull'uso del concetto di espressione, ci preme notare preliminarmente due cose: la prima, è il carattere linguistico del riferimento cesariniano; la seconda, è la torsione singolare che Cesarini Sforza imprimeva al suo riferimento. L'espressione è intanto l'accomodamento linguistico: la soggettività del pensiero ricerca un veicolo nell'oggettività di una parola – le parole sono oggettive perché non sono neologismi: non le si crea, ma le si trova. C'è qualcosa di originale, di irripetibile, nel pensiero, ma le parole a disposizione lo immettono giocoforza in una dinamica ripetitiva: «la parola – scriveva Cesarini Sforza – non adegua il pensiero» e l'espressione è «l'elemento il quale fa sí che la parola non si adegui al pensiero»⁹¹.

Quando cerchiamo di esprimerci, abbiamo come una esitazione, «come quando si cerca una parola e il pensiero rimane sospeso finché ha trovato quella che va detta»⁹². Com'è possibile che ciò che pensiamo, fine com'è, si debba soddisfare del triviale supporto di una parola? È pure vero, d'altronde, che se non l'esprimessimo

⁸⁶ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 51.

⁸⁷ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 52.

⁸⁸ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 51.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 55.

⁹¹ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 47 (corsivo nel testo).

⁹² *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 51.

non saremmo certi di avere formulato affatto qualcosa: il pensiero ha bisogno di parole, ma non riesce a goderne. In questa frustrazione, un certo quanto, però, avviene – precisamente, avviene che con l'espressione le parole assumano significato. C'è della novità, nell'accadimento di un pensiero che si esprime – lo si capisce chiedendo: perché una parola e non un'altra?

Il rapporto tra pensiero e parola è quello di un'«insoddisfazione». Le parole sono sempre inadeguate. Così, il pensiero le forzerà, esprimendosi; ma nella forzatura gli darà significato, un significato che si produce a misura che ci si esprime:

il pensiero è ogni volta diverso, ma ogni volta dà un diverso significato alla stessa espressione, che col pensiero si sintetizza precisamente in quanto ne è separata, e che ne è separata proprio in quanto il pensiero la sceglie, per dir così, fra le altre espressioni possibili.⁹³

In apparenza, il riferimento linguistico di Cesarini Sforza ci ha portato lontano. Siamo distanti dal diritto. Per colmare il distacco procurato, *Oggettività e astrattezza* gettava un *bridge* laddove nel concetto di espressione non sono contenute solamente le parole, siccome «è espressione anche il gesto, cioè il movimento voluto con un significato»⁹⁴. Nella gestualità, Cesarini Sforza individuava il passaggio da una singolarità linguistica dell'espressione all'attività *in genere*, l'azione che gli interessava studiare in quanto produttrice di un orizzonte normativo. Se indichiamo, oppure collochiamo, qualcosa, il nostro gesto fa sí che le cose assumano un significato. Non vale, però, che se ci muoviamo secondo una volontà determinata allora si riesca a trasferire perfettamente quella volontà nella cosa: la cosa significata ritorna all'espressione, al gesto che l'ha fermata in una sua salienza⁹⁵.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 48.

⁹⁵ Non è un caso se, in questo frangente, Cesarini Sforza citava il *caso* della proprietà, che si doveva riportare al gesto di collocare una pietra al confine tra due fondi; cfr. *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 50: «l'azione con la quale si colloca una pietra come segno di confine fra due campi è l'espressione del pensiero che si obietta in un dato pensiero, cioè nel concetto di “confine”, espressione mediante la quale una volontà resta separata (astratta), con un dato significato, da ogni altra volontà: quella pietra realizza quel significato, onde essa ormai “parla”». Se, con l'azione di collocare una pietra al confine tra ciò che è mio e ciò che è tuo, si è espresso qualcosa, significa che il gesto dell'appropriazione lascia una traccia apprezzabile: la pietra ha assunto un significato. D'altra parte, questo significato

La soggettività, esprimendosi, ha a che fare con l'oggettività: è la ricerca di un vettore di significazione. Nel suo *côté* linguistico, ma, con Cesarini Sforza, diciamo meglio il suo *côté* logico, l'espressione permette di pensare la dialettica di soggettività e oggettività perché, del pensiero, presenta insieme l'accomodamento (il pensiero s'esprime sempre a parole) e l'inadeguamento (il pensiero non s'esprime mai una volta per tutte). Ora, attraverso il gesto, possiamo rivolgerci al *côté* pratico dell'espressione; tenendo presente che è espressione anche il «movimento voluto con un significato», possiamo trovare la dialettica di soggettività e oggettività nel rapporto tra volizione e azione.

Il rapporto tra volizione e azione ci porta a pensare insieme il comportamento e l'atto normativo. Se mi *comporto*, vuol dire che la mia volizione si accomoda in un'azione; se *agisco normativamente*, vuol dire, invece, che stacco un'azione dalle altre e do una regola al mio comportamento: assumo che, se voglio qualcosa, allora l'otterrò con una certa azione. Perciò diciamo che un comportamento è regolare se «la volontà in esso si realizza (si esprime)» con un atto normativo⁹⁶. Ritroviamo nella pratica la logica del concetto di espressione: se la mia volontà si esprime, agendo, non lo fa con facilità – la volizione non solo si accomoda nell'azione, ma vi s'inadegua, cercando di dare un indirizzo al comportamento. È una logica paradossale, perché, per tenere insieme volizione e azione, richiede che s'intervenga normativamente a separarle.

non si potrà separare dal senso dell'espressione; cfr. p. 53: «Non sono la pietra posta a indicare il confine o il cartello ammonitore, che creano la mia proprietà, bensì questa è voluta, cioè creata dal mio volere sempre rinnovantesi con una determinata espressione, con la quale io torno a collocare idealmente ogni volta quel segno, cioè a dare quel significato alla realtà nella quale opero». Il caso della proprietà era ancora al centro della *Filosofia del diritto* cesariniana, cominciata a uscire per Vallerini, Pisa 1937, in litografia. Non risulta agevole seguire le vicende di questo testo, che Cesarini Sforza rivide negli anni a misura che forniva agli studenti le dispense dei corsi tenuti a Pisa prima e a Roma poi. Si deve immaginare che la struttura del corso fosse pronta all'inizio degli anni trenta, ma fa sempre bene confrontarlo con altri scritti di Cesarini Sforza per verificare la successione delle sue idee. Citando dalla terza edizione (riveduta, corretta e ampliata per Giuffrè, Milano 1958³), sul caso della proprietà, cfr. le pp. 86-87, dove la proprietà serviva per farsi un'idea «del procedimento stesso che crea l'oggettività delle cose, le quali in tanto hanno un significato come parti o elementi del mondo fatto dagli uomini, in quanto lo spirito umano imprime su di esse il suo segno».

⁹⁶ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 51.

Siamo a un passo dal diritto, nella sua semplicità. Da un atto normativo risulta una norma, che (è un passaggio che ci sarà familiare) «diviene giuridica semplicemente quando l'atto normativo – di cui essa rappresenta l'involucro – *fissa e determina un comportamento non come proprio del soggetto che lo compie, ma come comportamento di un altro soggetto*»⁹⁷.

Il concetto di espressione, nella pratica, mette in risalto l'atto normativo; è nella razionalità degli atti normativi che si prepara la possibilità di «volere l'azione altrui»⁹⁸. Se ci aspettavamo di sentire una retorica dello scatenamento della volontà, Cesarini Sforza non ci dà soddisfazione: se la dialettica di soggettività e oggettività è «creativa», non ne viene che la produzione normativa non sia laboriosa. La fatica di questo lavoro si accentua, poi, quando nell'atto normativo è contenuto un riferimento all'azione altrui. Abbiamo detto che un comportamento è regolare se volizione e azione si ricongiungono dopo essere state separate da un atto normativo:

⁹⁷ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 60 (corsivo nel testo); cfr. inoltre anche p. 64: «Perché sorga un'obbligazione in senso giuridico, bisogna che il soggetto stacchi dalla volizione sua un'azione possibile per un altro soggetto, come per esempio l'azione del proprietario che si riprende la cosa. Allora la volizione del primo soggetto appare mezzo per un fine, appare cioè regolare o normale (obbligatoria) rispetto all'azione del secondo soggetto»; e oltre le pp. 67-68 sulla distinzione tra le facoltà e i diritti del proprietario. Di come «volere l'azione altrui» Cesarini Sforza si occuperà di nuovo, diffusamente, nella *Filosofia del diritto*, cit., alle pp. 66, 108-109, 112-113, 134-135, 141, 152.

⁹⁸ Sulla centralità degli atti normativi, cfr. *Filosofia del diritto*, cit., p. 65 (corsivo nel testo): «Un atto di volontà, ovvero un *atto normativo* [...], si nasconde sempre dietro la formula normativa, ed è propriamente, anzi esclusivamente in esso, che consiste *la realtà del diritto* ossia l'esperienza giuridica viva, che *non si esaurisce e tanto meno si risolve in un insieme di formule* (come sono gli articoli delle leggi), *bensì s'identifica con la molteplicità degli atti normativi*»; cfr. anche pp. 69-70 (corsivo nel testo): «dal punto di vista filosofico *la realtà giuridica è tutta presente là dove hanno luogo atti normativi*, e quindi dovunque sorgono rapporti giuridici». Sul maggior peso degli atti normativi rispetto alle «formule normative», che ci possiamo figurare, tra le altre cose, come le leggi in un codice, cfr. *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 54: «Se tutto il mondo del diritto consistesse semplicemente in una rete di schemi logici, basterebbe mettersi a costruire di tali schemi, a compilare, per esempio, un codice immaginario, per poter dire di aver creato un mondo giuridico»; cfr. *ibidem* (corsivo nel testo): «il legislatore in quanto costruisce schemi normativi, non *vuole* assolutamente nulla, bensì semplicemente *parla*»; e cfr. anche p. 69: «non negli schemi o nelle norme il diritto vige e vale, bensì negli atti normativi della concreta volontà degli uomini, che ora pretendono e ora si obbligano, siano essi semplici privati o detentori di una parte del potere sociale. Formulare la legge non è ancora creare il diritto; questo vive solo allorquando un organo dello Stato effettivamente pretende, dal cittadino, un dato comportamento».

comportamento regolare è quello, che si realizza dopo essere stato sospeso per indirizzare la volontà. Il processo può essere tenuto, tutto sommato, sotto controllo, viene da pensare, finché si risolve in un solo individuo: delle azioni individuali, ci possiamo aspettare che siano regolari; ma al diritto si arriva con un'inevitabile forzatura di questa regolarità: se l'atto normativo produce una norma, la norma sarà giuridica se l'azione fissata a realizzare una volizione viene richiesta non al titolare dell'atto normativo, ma a qualcun altro – e non ci sono motivi di sospettare che gli altri aderiscano o consentano alle regolarità stabilite. Perciò, quando parliamo di diritto, stiamo prendendo le distanze dalla tranquillità di un comportamento: il diritto ha a che fare con l'irregolarità.

È suggestivo che, del diritto, Cesarini Sforza parlasse a partire da una *pretesa*. È la *pretesa* di chi interviene con un atto normativo sull'azione altrui e sta alla base del rapporto giuridico, che, in *Oggettività e astrattezza*, si otteneva come risultato di un movimento a spirale. Se un soggetto rivolge il suo atto normativo a un altro, diciamo che pretende da questi un'azione, ovvero ritiene che questi debba agire in un certo modo, facendo sorgere, a seguire dalla *pretesa*, un'obbligazione: «la *pretesa* di un soggetto (*pretesa* *subbiettiva*) risulta sempre inscindibilmente connessa all'obbligo *obbiettivo* di un altro soggetto (cioè non creato da lui)»⁹⁹. La *pretesa* è ancora *soggettiva*, perché, sebbene ponga l'oggettività di un «obbligo», il soggetto al quale la *pretesa* è rivolta non vi ha aderito o consentito, ovvero non possiamo ancora parlare di un rapporto giuridico. Se chi è investito dell'oggettività dell'obbligazione, però, si impegna, allora, «alla persona verso la quale un soggetto si obbliga», «viene attribuita una *pretesa obbiettiva* (come il soggetto, che dirige la sua *pretesa* a un altro soggetto, attribuisce a questi un vincolo ed obbligo obbiettivo)»¹⁰⁰. Il passaggio dalla *pretesa* *soggettiva* alla *pretesa* *oggettiva* è davvero una dialettica di *soggettività* e *oggettività*: chi pretende lo fa *soggettivamente*, ma ciò facendo dà luogo all'*oggettività* di un'obbligazione; questa *oggettività* lavora entro chi la riceve e, se viene restituita a chi pretende, risulta in un rapporto giuridico. Il rapporto giuridico non è altro che la «relazione d'interdipendenza tra una *pretesa* [oggetti-

⁹⁹ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 63 (corsivo nel testo).

¹⁰⁰ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 64 (corsivo nel testo).

va] e un'obbligazione»¹⁰¹. Cesarini Sforza dava ragione, così, della produzione dell'oggettività giuridica a partire dalla soggettività: il rapporto giuridico è uno spazio dove i soggetti stanno a confronto e dalla loro relazione danno luogo all'oggettività. È uno spazio difficile, e perciò, spesso, la scienza giuridica si ferma alle sue soglie, ma addentrarsi è necessario, perché solo in questo modo è possibile capirne l'importanza – quella di essere uno spazio del comando e della cooperazione dove ci s'impegna a «volere l'azione altrui» in un crogiolo di tensioni che riesce a farci rendere conto del «problema» che abbiamo di fronte quando si forma un ordine.

In *Oggettività e astrattezza*, Cesarini Sforza sosteneva che «l'esprimersi – e s'intende non solo quello verbale – costa spesso fatica»¹⁰². «*Facultas* da *facilitas*»¹⁰³ è un'etimologia illuminante, perché scopre alla scienza la difficoltà del diritto, per il quale si tratta piuttosto di poteri che si affermano.

Come si produce l'oggettività giuridica a partire dalla soggettività? In *Oggettività e astrattezza*, Cesarini Sforza sosteneva che fosse secondo quel processo «creativo», che dà ragione della «caduta o scarto»¹⁰⁴ della volontà che si esprime. Che il diritto soggettivo *filosofico* fosse un potere della volontà, voleva dire, nel 1934, che le volontà si esprimono producendo la realtà giuridica; questa è composta da ciò che producono, siccome «le espressioni realizzate non scompaiono, anzi restano ad arricchire sempre più il mondo oggettivo»¹⁰⁵. Non è un incitamento, per così dire, alla libertà d'espressione, bensì un invito rivolto alla scienza giuridica affinché studi gli effetti di vincolo, positivi e negativi, ai quali le volontà vanno incontro, esprimendosi.

¹⁰¹ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 65.

¹⁰² *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, cit., p. 50.

¹⁰³ *Oggettività e astrazione*, cit., p. 66.

¹⁰⁴ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 49.

¹⁰⁵ *Ibidem*. La «fatica» dell'espressione fa sì che il processo non abbia carattere episodico e non possa cominciare e finire a piacimento. Se diciamo che, con il concetto di espressione, diamo spazio alla produzione soggettiva dell'oggettività, bene allora in questo processo qualcosa dovrà essere in effetti *prodotto*.

In seguito, nelle *Avventure del diritto soggettivo*, egli avrebbe portato agli estremi, per accentuarne la dialettica, la separazione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo.

Se il diritto che i giuristi chiamano oggettivo – scriveva Cesarini Sforza – è espressione, mediante norme o leggi, di un ordine voluto nelle relazioni pratiche tra gli uomini, il diritto in senso soggettivo, il *mio diritto*, è qualcosa di piú, è quest'ordine come immediatamente voluto *da me*, [...] la mia stessa volontà ordinatrice regolatrice del rapporto pratico tra me soggetto e un altro soggetto.¹⁰⁶

Il diritto oggettivo è pertinenza dei «giuristi», ma non se ne deve dedurre che la filosofia del diritto non possa raggiungerli, che il diritto soggettivo debba rimanere confinato nelle riflessioni filosofiche, passando nella scienza solo a seguire di una sua definizione oggettiva; meglio ancora: che la scienza ne dia una definizione oggettiva, non significa che se ne riduca il peso per il diritto. Il pensiero scientifico è intento al diritto oggettivo. «Realtà, per la scienza giuridica, è oggettività»¹⁰⁷. Eppure, non è vero che essa debba rifiutare in blocco di considerare variamente il diritto soggettivo.

Studiare il concetto di espressione ci è servito per restituire le riflessioni filosofiche di Cesarini Sforza sulla dialettica di soggettività e oggettività, che abbiamo visto da ultimo arrivare ai rapporti giuridici. In generale, ci è servito per capire che la filosofia del diritto cesariniana intravedeva, negli anni trenta, uno spazio di manovra insperato. Le smagliature dell'oggettivismo giuridico permettevano di rivolgersi al diritto positivo nella sua posizione – nelle affermazioni di volontà come poteri che si esprimono, cioè realizzano il passaggio dal diritto soggettivo al diritto oggettivo.

¹⁰⁶ *Avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 1 (corsivo nel testo); cfr. anche pp. 1-2, dove Cesarini Sforza parlava «di volontà concrete, di volontà di soggetti reali che vogliono, esigono, pretendono alcunché da altri soggetti», esplicitando che «in questo volere, esigere, pretendere consiste l'aspetto piú vivo, anzi quello unicamente vivo, dell'esperienza giuridica», che è «esperienza, prima che di doveri adempiuti, di diritti affermati».

¹⁰⁷ *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 19.

Ci rimane soltanto da indagare il contributo filosofico di Cesarini Sforza a una scienza giuridica che sapesse fare dell'oggettività un «problema»: è quanto faremo, in breve, avviandoci verso la conclusione, occupandoci, finalmente, dopo avere inquadrato meglio, un'ultima volta, il rapporto tra filosofia e scienza in un dibattito di allora, della critica cesariniana a Santi Romano. Non ne verrà fuori esattamente una scienza ma, è quanto ci manca da dimostrare, una politica della filosofia del diritto.

Perché fare scienza? Le ragioni di una critica

Tra scienza e filosofia, non c'è rapporto paritario; l'asimmetria tra pensiero scientifico e filosofico era chiara a Cesarini Sforza fino da quando, negli anni giovanili, egli ne parlava in termini limpidi, per quanto inadeguati.

La scienza può prescindere, e prescinde infatti, dalla filosofia [...] ma *la filosofia non può prescindere dalla scienza*, dato che [...] consiste nel dominare quest'ultima, nella lotta – se così si può dire – per aprirsi, fra le molteplici barriere dell'astrazione scientifica, il varco alla conquista della realtà pura, immediata, spontanea.¹⁰⁸

Le riflessioni filosofiche cesariniane abbandonarono progressivamente l'impe-
to e i toni agonistici, sebbene il filosofo del diritto forlivese non dimenticasse che,
rivolgendosi alla scienza giuridica, la filosofia innesca, giocoforza, una tensione e
un cortocircuito. Le speculazioni sul diritto hanno bisogno di attingere a una con-
cettualità singolare che, al loro interno, non può essere definita – e che anzi, a mi-
sura che la si definisce, richiede la sua autonomia da quelle. L'asimmetria tra pen-
siero scientifico e filosofico era restituita bene, a inizio novecento, in una polemica
accademica italiana: nodo del contendere era che l'insegnamento di Filosofia del
diritto fosse inserito nel corso degli studi delle facoltà di Giurisprudenza; molti e-
rano i giuristi che ritenevano questo ordinamento una mostruosità.

¹⁰⁸ *Introduzione alla filosofia del diritto*, 1913, ora in *Vecchie e nuove pagine*, vol. I, cit., pp. 62-63 (corsivo mio).

Erano stati numerosi, tra ottocento e novecento, i segni di insofferenza dei giuristi per lo stato di tutela filosofica che oberava la scienza giuridica¹⁰⁹. La polemica divenne scoperta nel 1917, quando Pietro Bonfante pubblicò *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* sulla *Rivista italiana di sociologia*, il giornale di elezione per le proposte rivolte al contingentamento dell'eminenza della filosofia nelle università e nella scienza giuridica¹¹⁰. Anni addietro, nel 1911, Bonfante era stato uno dei responsabili della commissione ministeriale che propose che la cattedra di Filosofia del diritto non fosse assegnata per libero concorso: a ricoprirla, per chiamata diretta, dovevano essere gli ordinari di altre materie, che avrebbero ricevuto un supplemento di stipendio. Ci possiamo immaginare lo sconforto con cui Cesarini Sforza apprese la notizia: nel 1911, egli era un giovane filosofo del diritto, aveva pubblicato il suo primo libro, e ora sentiva che, per insegnare in università, avrebbe dovuto ottenere l'ordinariato su un'altra materia – in pratica, Bonfante intendeva mettere studiosi come lui davanti a una scelta: accontentarsi di sporadiche libere docenze o specializzarsi in qualche cos'altro.

¹⁰⁹ Cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padova 1955, ristampato ora per Roma Tre Press, Roma 2021, in particolare p. 3, n. 3 ma *passim* tutta quanta l'introduzione (pp. 1-77). C'erano stati veri e propri tentativi di abolizione dell'insegnamento filosofico nelle facoltà di Giurisprudenza per parte ministeriale (nel 1875, nel 1890 e ancora nel 1902) e tentativi di sostituirgli una cattedra di Teoria generale del diritto.

¹¹⁰ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», 21, 1917 (1), pp. 53-72; non era difficile trovare opinioni critiche di un approccio filosofico al diritto e alle scienze sociali su questa rivista; a titolo d'esempio, cfr. I. VANNI, *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva*, 4, 1900 (1), pp. 1-25; G. CARLE, *Il comparire della sociologia e la filosofia del diritto*, 5, 1901 (1), pp. 1-24; B. BRUGI, *Logica di leggi e logica di scienza*, 5, 1901 (2), pp. 164-170 e ID., *La giurisprudenza e le scienze sociali*, 7, 1903 (1-2), pp. 47-53, nonché ID., *Giurisprudenza e sociologia*, 9, 1905 (3), pp. 298-307. Avevano spazio pure opinioni tormentate, come quella di G. SOLARI, *Umanismo filosofico e scienze giuridiche e sociali*, 11, 1907 (6), pp. 789-806 (che, del resto, criticava il progetto di una filosofia della storia che non si confrontasse con la sociologia e la psicologia). Ritornando alle affermazioni decise, cfr. P. BONFANTE, *Tendenze e metodi recenti negli studi storici*, 12, 1908 (2), pp. 219-253 e ancora B. BRUGI, *Scienze giuridiche e scienze sociali*, 13, 1909 (2), pp. 305-312. Infine, come documento, cfr. A. BONUCCI, *L'atteggiamento contemporaneo del pensiero filosofico*, 15, 1911 (3-4), pp. 409-414, dove, riportando le notizie del IV Congresso internazionale di filosofia di Bologna del 1911, si scriveva che «l'indirizzo filosofico predominante al Congresso è stato un indirizzo di filosofia scientifica» (p. 409), testimoniando che la percezione non era un caso limitato al campo scientifico.

Non avevano aiutato il campo della filosofia del diritto opinioni come quelle di Benedetto Croce, secondo il quale «l'insegnamento *specifico* della filosofia del diritto, così come ora si suole somministrare, non è né giurisprudenza né filosofia: ossia, non è una cosa seria»¹¹¹. Che cos'è la filosofia del diritto? Non è filosofia, perché fa parte degli insegnamenti di giurisprudenza; ma nemmeno è scienza giuridica, perché è filosofia. I filosofi del diritto sono, da una parte, giuristi imprestati alle riflessioni filosofiche; dall'altra, filosofi che s'immischiano in faccende di giuristi. Nel 1917, Bonfante cercava di fare pulito della confusione, della «nebulosa»¹¹² dentro la quale si trovava la scienza giuridica con il suo ordinamento universitario, che sopportava ancora quell'ospite incomodo, che era la filosofia del diritto¹¹³. Lo faceva puntando sulla scientificità del diritto e chiarendo che il posto riservato alle riflessioni filosofiche nelle università era «il simbolo di una fase prescientifica» che ancora «non manca[va] di esercitare la sua influenza»¹¹⁴.

La scienza del diritto non può svolgersi se non per opera di giuristi [...]. La struttura delle istituzioni non può essere apprezzata che dal giurista, ed è dalla struttura organica delle istituzioni che si può derivare la cognizione delle origini del diritto e in ogni caso la valutazione scientifica della sua evoluzione e della sua attitudine a soddisfare i bisogni della vita presente.¹¹⁵

La prolusione bonfantiana¹¹⁶ ritrovava nella persistenza delle riflessioni filosofiche la «frattura fra il linguaggio della scienza e il linguaggio della vita giuridica»¹¹⁷,

¹¹¹ B. CROCE, *La filosofia del diritto nelle facoltà di giurisprudenza*, in «La Critica», 5, 1907, pp. 173-175, p. 175 (corsivo nel testo).

¹¹² P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 67.

¹¹³ Cfr. C. NITSCH, «*Dentro la nebulosa*». *Pietro Bonfante su filosofia, storia e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 98, 2021 (4), pp. 797-830. Di didattica universitaria come problema di scienza giuridica si è occupato anche R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo (Riassunto)*, in *L'educazione giuridica*, vol. I, Libreria Universitaria, Perugia 1975.

¹¹⁴ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 67, n. 1.

¹¹⁵ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 67.

¹¹⁶ *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* era il testo della prolusione al corso di Storia del diritto romano letto da Bonfante all'università di Roma nel gennaio 1917.

¹¹⁷ R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica*, cit., p. 143.

la frustrazione dell'«anelito a recuperare al mondo del diritto e della sua scienza quanto più possibile la concretezza della vita»¹¹⁸. Bonfante si metteva «deliberatamente dalla parte del giurista»¹¹⁹, indicando come la filosofia del diritto avesse frustrato le esigenze giuridiche di una presa di scientificità. Il dibattito che seguì alla sua prolusione fu soprattutto una difesa delle posizioni acquisite, che ci dovrà importare più per il clamore che riuscì a generare che non per i contenuti espressi¹²⁰. Al dibattito scelse di partecipare anche Cesarini Sforza con un articolo del 1918¹²¹, un articolo misurato, rispetto al clamore, dove egli sosteneva che Bonfante avesse ragione a mettere in discussione il ruolo della filosofia rispetto al diritto, conside-

¹¹⁸ R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica*, cit., pp. 145-146.

¹¹⁹ R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in «Jus», 8 (Nuova Serie), 1957 (1), pp. 199-222, p. 199.

¹²⁰ Vi s'impegnarono Croce e Gentile, candidati difficili a rappresentare la filosofia del diritto italiana nella sua interezza. A stretto giro, di Gentile uscì una recensione dell'articolo di Bonfante (in «La Critica», 15, 1917, pp. 254-256): si diceva che Bonfante aveva subito l'effetto della «psicologia delle prolusioni e dei discorsi inaugurali» (p. 254) e era uscito dal seminato in territori che non erano di sua competenza – egli non poteva dire di fare storia del diritto, senza convocare la filosofia per la definizione del concetto di storia. La risposta di Bonfante non si fece attendere: pubblicata su *La Critica* con acclusa una «nota dilucidativa» di Croce, vi si difendeva lo statuto giuridico del concetto di storia – difesa che la nota finale crociana giudicava dicendo: «[Bonfante] si attiene a un modo di pensare, che era altrettanto saldo quanto comune trent'anni fa, ma ora è tutto corroso dalla critica», riferendosi al naturalismo bonfantiano (P. BONFANTE, *L'autonomia della scienza del diritto e i confini della filosofia*, in «La Critica», 16, 1918, pp. 51-59, p. 58). Ritenendo, e forse a ragione, che il giornale di Croce e Gentile non fosse il luogo migliore per le sue idee, Bonfante fece pubblicare il testo anche dalla *Rivista italiana di sociologia* (ID., *Replica a Benedetto Croce e Giovanni Gentile*, 22, 1918 (1-2), pp. 3-17), non senza accludervi, a sua volta, una «postilla» per rispondere alla nota di Croce. Che il dibattito fosse logoro fin dall'inizio, lo dimostrano i toni di Bonfante, che accusa Croce di ignorare del tutto il diritto, una ignoranza «immedicabile» perché «egli è abbastanza avanti negli anni» (p. 13). La schermaglia si chiuse con una controreplica stizzita, di appena mezza pagina (B. CROCE, *Una replica del prof. Bonfante*, in «La Critica», 17, 1919, p. 128), alla quale seguì un articolo che spiega solo la ricerca, da parte di Bonfante, di avere l'ultima parola (P. BONFANTE, *Per la scienza del diritto. II^a replica a Croce*, in «Rivista italiana di sociologia», 22, 1918 (3-4), pp. 347-351). (Se stupirà che la mezza pagina di Croce sia del 1919, mentre l'ultimo intervento di Bonfante è datato 1918, sebbene quest'ultimo sia successivo a quella, si pensi alle difficoltà di pubblicare durante la prima guerra mondiale: con tutta probabilità, la *Rivista italiana di sociologia* aveva saltato dei fascicoli, ma volle mantenere la numerazione).

¹²¹ È l'intervento *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, in «Rivista di filosofia», 10, 1918, pp. 121-125.

rate soprattutto quelle tendenze, che facevano delle riflessioni filosofiche il nome «della *Allgemeine Rechtslehre* o della Enciclopedia giuridica o della Sociologia»¹²². I termini sono quelli di allora, ma Cesarini Sforza voleva dire che la filosofia del diritto non doveva esserne una «teoria generale»: tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica generale doveva rimanere uno scarto¹²³.

Per Cesarini Sforza, non era il compito della filosofia fondare la scienza giuridica, che «trova compiutamente *in sé* ogni ragione e possibilità di progresso»¹²⁴ e per la quale «la conquista dell'autonomia corrisponde [...] alla liberazione dal problema dell'origine»¹²⁵ – problema squisitamente filosofico dove ci si attarda a chiedere che cosa sia il diritto, invece di studiarlo. Il giovane filosofo del diritto rilanciava però, contro l'argomento di Bonfante, che le riflessioni filosofiche hanno il loro posto in università, perché nella maggior parte dei casi ai «discenti» delle «scuole giuridiche» spetterà occuparsi della «creazione» e non della «contemplazione» del diritto, e a questi la filosofia, pensando a come sia prodotto, può mostrare il «diritto vivo»¹²⁶. Nel 1918, forse le idee non erano chiarissime, e percepiamo un certo qualche sciovinismo: il turbamento, in fondo, di chi era colpito in prima persona dall'attacco bonfantiano, senza ancora avere una posizione da difendere; ma in misura maggiore degli altri interventi, inoltre, Cesarini Sforza riuscì a affrontare il vero e proprio argomento svolto da Bonfante per dimostrare il danno arrecato dal pensiero filosofico a quello scientifico, argomento che, altrimenti, si perse nelle meschinità della polemica.

Cesarini Sforza lo toccava quando parlava dell'autonomia della scienza giuridica, che l'ha assunta secondo due rispetti: «logicamente, coll'irrigidirsi del concetto di “fenomeno giuridico” in mezzo alla nebulosa (*sic*) primitiva dei fenomeni sociali indistinti»; e «storicamente, colla reazione dello storicismo al filosofismo giuri-

¹²² *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 122.

¹²³ «È proprio quando la Filosofia del diritto non è pura filosofia, che accadono le confusioni tra filosofia e scienza contro cui bene a ragione protesta Bonfante, e le invasioni della prima nel legittimo campo della seconda, e la mortificazione della scienza di fronte alla filosofia (ma veramente anche quest'ultima ne esce mortificata ed offesa)» (*ibidem*).

¹²⁴ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 123 (corsivo nel testo).

¹²⁵ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 124.

¹²⁶ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 125 (corsivo nel testo).

dico, colla contrapposizione dello studio del diritto come fenomeno (necessariamente fenomeno storico) alla contemplazione dell'idee universali»¹²⁷. *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* di Bonfante aveva sostenuto proprio la necessità, per il diritto, che è «un'esigenza *interna* del processo di conoscenza giuridica»¹²⁸; la necessità di richiamarsi all'ottocento tedesco, dove nella storia si era trovato il luogo giuridico per eccellenza. Il richiamo, tuttavia, andava spogliato degli ammennicoli che aveva acquisito negli anni, colpevoli quegli indebiti accostamenti, dei quali responsabile era stata la filosofia. Bonfante rivendicava alla scienza giuridica il concetto di evoluzione, che serve per fare della storia una considerazione scientifica: in diritto, si era arrivati prima che in altre scienze a rilevare il peso di questo concetto, ma «mentre ogni altra disciplina, cresciuta su queste basi, in tempi posteriori si emancipò dalla filosofia», «ciò non è accaduto né per la storia del diritto, né per la scienza del diritto»¹²⁹. Egli citava due ordini di ragioni: in primo luogo, l'evoluzione venne concepita, entro la stessa scuola storica, come *lenta e graduale* – e questo non perché lo fosse, ma perché lo storicismo si inseriva entro la tradizione filosofica del conservatorismo europeo, intento a frenare le meccaniche innescate dalla rivoluzione francese¹³⁰; in secondo luogo, e in seconda battuta, l'evoluzione, che pure era concetto giuridico, al diritto ritornò dalla biologia, dove era stato elaborata altrimenti: la filosofia spenceriana riportò di peso l'evoluzione darwiniana nelle scienze sociali – «a questo errore – scriveva Bonfante – è dovuta la grottesca applicazione del linguaggio biologico e financo delle concrete divisioni biologiche nel campo della società e del diritto»¹³¹. L'evoluzione, invece, doveva tornare a essere concetto giuridico e definirsi rispetto alla fenomenicità propria del diritto, che le intromissioni filosofiche avevano fatto dimenticare¹³².

¹²⁷ *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza*, cit., p. 123.

¹²⁸ R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, cit., p. 222 (corsivo nel testo).

¹²⁹ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 56. Bonfante si riferisce alla «glottologia», alla geologia e alla psicologia.

¹³⁰ «Il culto della storia e della continuità storica divenne feticismo» (P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 58). «Lo storicismo si alleava con il romanticismo» (p. 59).

¹³¹ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., p. 62.

¹³² Le opinioni di Bonfante circa il legame tra la storia del diritto e il concetto di evoluzione erano state difese l'anno precedente da Pietro de Francisci, che di Bonfante fu allievo;

A ben vedere, Bonfante aveva un'idea precisa di quale fosse stato il danno della filosofia del diritto per la scienza giuridica; d'altra parte, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* fu percepito, e non a caso, come un attacco *toto coelo* alla riflessione filosofica: non importava che Bonfante criticasse questo o quell'indirizzo filosofico, perché le sue proposte di riforma suggerivano un processo di ampio respiro del pensiero scientifico – la richiesta di autonomia suggeriva che la scienza stesse imparando a occupare lo spazio della «generalità» giuridica. Se il terreno dello scontro era la storia, della quale si voleva fare uno studio naturalistico, la proposta vera e propria era quella di una scienza giuridica generale che sospendesse l'utilità della filosofia, e anzi le si sostituisse in tutto e per tutto.

cfr. P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in «Rivista italiana di sociologia», 20, 1916 (1), pp. 46-81, in particolare le pp. 68-75. De Francisci vi sosteneva che solo «quando possederemo la conoscenza delle linee generali e delle leggi dell'evoluzione giuridica, noi potremo fissare i canoni metodologici per lo studio di un particolare istituto, di un particolare sistema» (p. 51); e che «la mancanza di una teoria generale intorno al nascere e allo svolgersi del fenomeno giuridico costituisce un grave ostacolo allo sviluppo scientifico della storia giuridica» (p. 58) – se «il valore della scienza sta nell'unità» (p. 57), de Francisci affermava, la «teoria generale» poteva essere una «teoria generale dell'evoluzione giuridica», oppure anche una «sociologia giuridica» (p. 55). Aderiva quindi al naturalismo bonfantiano: «Il principio teorico fondamentale nello studio del diritto consiste nell'affermazione che i fenomeni giuridici possono essere considerati quali fenomeni naturali»; infatti, «il diritto nasce come una produzione naturale della società umana» (p. 59). Sappiamo, del resto, che nella romanistica italiana queste opinioni erano tutt'altro che isolate: basti ricordare i nomi di Filippo Serafini e Biagio Brugi (vedi *supra*, cap. 2, pp. 174-177), che ci convinceranno di come il naturalismo pervadesse tutta la storia del diritto romano. Possiamo ritrovarlo sia nel filone che parte da Serafini, sia in quello che parte da Scialoja (che fu maestro di Bonfante), due scuole che stettero in opposizione tra loro ma che convergevano sul rilievo del concetto di evoluzione per la storia del diritto (uno dei nodi del contendere era proprio se si dovesse apporre all'evoluzione l'attributo di lenta e graduale: contro tale apposizione, si schieravano Scialoja e Bonfante – per Scialoja in questo senso, vedi *supra*, cap. 2, p. 179, n. 120). L'articolo di de Francisci, che riconosceva a Bonfante il merito di avere spiegato, nei suoi studi storici tra fine ottocento e inizio novecento, il modo «come la storia del diritto debba considerarsi quale una disciplina naturalistica» (p. 49, n. 2), preparava il terreno del dibattito che cominciò nel 1917. (Quando diciamo del *naturalismo* bonfantiano, chiaramente, stiamo dicendo che la scienza giuridica dovesse essere una scienza *naturale* – e non che l'evoluzione dovesse essere un concetto biologico, sebbene Bonfante, e con lui de Francisci, sostenessero che, a differenza di quella di Darwin, la teoria lamarckiana potesse essere utile al giurista e allo storico del diritto, non chiudendo la porta a casi locali di riduzione concettuale.)

Opinioni come quelle di Bonfante erano il sintomo di un processo che la filosofia del diritto (ne andava della sua stessa opportunità) non poteva ignorare: lo stato della contesa tra giuristi e filosofi rimase al centro delle riflessioni filosofiche italiane nel primo dopoguerra. La contesa, infatti, era richiamata dall'inizio dei lavori, nel 1921, della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Nel suo *Programma*, la direzione, alla quale Cesarini Sforza fu invitato a partecipare (ma la penna era di Giorgio Del Vecchio), scriveva, significativamente: «vorremmo che questa rivista fosse il punto d'incontro di filosofi e di giuristi, i quali troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione»¹³³. Sulla *Rivista internazionale*, ebbe luogo la seconda tornata del dibattito cominciato nel 1917, a partire da un articolo, del 1922, di Angelo E. Cammarata *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*¹³⁴. Cammarata, molto vicino alle posizioni di Cesarini Sforza

¹³³ LA DIREZIONE, *Programma*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (1), pp. 1-4, p. 1.

¹³⁴ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2, 1922 (4), pp. 234-258. La *Rivista internazionale* accolse la replica (c'è da dire: sempre pronta) di Bonfante: P. BONFANTE, *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (4), pp. 454-462, che si concludeva con una glossa fin troppo ottimistica aggiunta da Del Vecchio, che scriveva: «Delle passate polemiche, superate ormai dagli avvenimenti, oltreché dalle stesse odierne dichiarazioni del prof. Bonfante, non resta che il ricordo» (p. 462). In realtà, Bonfante aveva soltanto addolcito i toni, non smuovendo affatto il suo argomento; del resto, le sue proposte di riforma non erano state accettate e nell'ordinamento universitario italiano era rimasto affermato lo *status quo*, fatto che però, di per sé, per niente risolveva la contesa, siccome in molti corsi di Filosofia del diritto s'insegnava piuttosto Teoria generale. Dopo Cammarata, intervenne pure F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (2), pp. 184-189 e, dopo Bonfante, A. LEVI, *Per l'insegnamento della filosofia, e della teoria generale, del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 4, 1924 (1), pp. 64-70. In quest'ultimo breve pezzo, Alessandro Levi citava l'aggiornamento degli statuti universitari richiesto dalla riforma Gentile, denunciando che in alcune università esso era stato preso a pretesto per trasferire l'insegnamento di Filosofia del diritto dall'ultimo al primo anno, trasformandolo in un breve corso propedeutico – dimostrazione che l'ottimismo di Del Vecchio per una soluzione irenica della contesa era davvero malposto e che le «tendenze» dei giuristi verso la filosofia erano, nella loro diffusione, un'indicazione di massima di un problema profondo. Questa la continuazione naturale del dibattito, che ripartiva dall'articolo di Cammarata. Sebbene interessante, tuttavia ce ne disinteresseremo, proponendo una continuazione alternativa, meno diretta, ma che ce ne farà apprezzare meglio la posta in gioco.

za¹³⁵, riuscí meglio di altri a mettere a tema la profondità del problema che s'intra-vedeva nella prolusione bonfantiana: la necessità di definire la filosofia del diritto rispetto alla scienza giuridica generale.

Cammarata constatava ciò che era agli occhi di tutti, cioè che «la gran parte di quelle nozioni che i giuristi cominciano ad elaborare per proprio conto, facendole passare come ricerche di teoria generale del diritto, erano ritenute una volta – e lo sono tuttora da molti – come di esclusiva competenza della filosofia del diritto»¹³⁶. Se distinguere filosofia del diritto e scienza giuridica generale era necessario, d'altronde il transito tra le due rendeva l'operazione insidiosa: non c'era una soluzione che potesse, tutto di un tratto, mettere d'accordo le parti, perché la «nebulosa» bonfantiana era il segnale di uno stato di cose intrinseco alle prospettive che il diritto aveva davanti in quegli anni. Innanzitutto allora bisognava cogliere nel segno che cosa la scienza giuridica generale avesse acquisito:

il risultato vero ottenuto dagli studi della dottrina generale del diritto – scriveva Cammarata – è stato quello di avvicinare sempre piú fra di loro le singole discipline giuridiche, mostrando che certi elementi e certi principi non erano di esclusiva pertinenza di una o due, ma di tutte, o quanto meno, della maggior parte di esse.¹³⁷

Con molta pregnanza, Cammarata aggiungeva che questo risultato si era prodotto «specialmente nella giuspubblicistica»¹³⁸. Era nella scienza del diritto pubblico, infatti, che, per cosí dire, lo stato prendeva il posto della storia a chiusura della rappresentazione scientifica del diritto. L'ambizione della scienza giuridica generale era quella di presentare una ragione comune dello studio del diritto, l'elabora-

¹³⁵ Cfr. G. DE LIGUORI, *Cronache di filosofia del diritto. Widar Cesarini Sforza e i suoi corrispondenti (1911-1965)*, cit., pp. 227-232, dove si discute la corrispondenza densa e amichevole che Cammarata e Cesarini Sforza intrattennero per anni. Nel suo articolo del 1922, Cammarata traeva a piene mani da *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Società Editrice Libreria, Milano 1913. Sul pensiero di Cammarata, come anche, e centralmente, su quello di Cesarini Sforza, cfr. sempre A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, in particolare le pp. 14-16 e 271-285 su quei temi e problemi, che ci occuperanno in Cammarata.

¹³⁶ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 248.

¹³⁷ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 249.

¹³⁸ *Ibidem*.

zione conclusiva, se si vuole, di un metodo: era il metodo naturalistico di Bonfante, che riportava i concetti e gli istituti giuridici alla loro storia, ma era anche in Italia la considerazione di Vittorio Emanuele Orlando, che aveva evitato di definire il diritto costituzionale in via preliminare, perché una tale definizione «è così strettamente connessa con *la nozione di Stato* che non si può avere una piena e scientifica intelligenza dell'un[o], senza aver prima determinata l'altra»¹³⁹. Agli albori della scienza del diritto pubblico italiana, Orlando rinviava la circostanza della scientificità alla circoscrizione di che cosa fosse lo stato. Sentiva cioè la necessità di delineare una «nozione» generale, verso la quale convergere concetti e istituti giuridici. Nello stato si trovavano quegli elementi semplici, dai quali partire per sistemare il diritto pubblico. La loro semplicità può essere messa in discussione altrove, a esempio, ma non a caso, in filosofia del diritto, ma vale lo stesso per molte scienze, senza che ne venga a cadere il punto di partenza: se ciò che è semplice in biologia viene scomposto dalla chimica, ciò non toglie che, per la biologia, esso sia elementare¹⁴⁰. Così, lo stato assumeva il medesimo ruolo che la storia aveva in Bonfante: era il riferimento della possibilità di studiare scientificamente il diritto¹⁴¹.

¹³⁹ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze 1889, p. 13 (corsivo nel testo); per un ulteriore schema di confronto tra Orlando e Bonfante, vedi *supra*, cap. 1, pp. 109-111 e *infra*, n. 141 sul naturalismo orlandiano.

¹⁴⁰ Cfr. su questa logica V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in «Archivio giuridico», 42, 1889, pp. 107-124 (il paragone della scienza del diritto pubblico con la chimica e la biologia è a p. 115; poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, p. 12).

¹⁴¹ Non è plausibile qui esagerare le differenze tra Orlando e Bonfante. Ricordiamo infatti che quando Bonfante trovava nella storia del diritto il senso costante dell'organizzazione politica, nella sua oggettività, a questa dava, tanto nella modernità, quanto nell'antichità, il nome di stato (vedi *supra*, cap. 2, pp. 182-186). D'altro lato, Orlando poteva parlare del «carattere evidentemente politico della famiglia romana» e dire che «questa semplice considerazione *storica* ci dimostra lo Stato sorgere come effetto naturale e spontaneo di una storica evoluzione» (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 25, corsivo nel testo). Anche Orlando, inoltre, criticava l'utilità della filosofia spenceriana per il diritto (pp. 19-21). In generale, poi, l'approccio orlandiano alla scienza giuridica era, in tutto e per tutto, naturalistico: se lo stato è qualcosa, è «un complemento necessario ed una naturale derivazione della vita individuale» e «un organismo che vive di vita propria, il cui sviluppo è determinato da proprie leggi» – aggiungendo che queste leggi «sono dipendenti dalla necessità dello sviluppo storico» (p. 19). Semmai, la differenza tra Orlando e Bonfante era disciplinare: nel 1889, Orlando cominciava a parlare di «*Diritto pubblico generale*» (p. 34, corsivo nel testo), disciplina che si distingueva dalla storia del diritto bonfantiana,

Fermate le nozioni generali, il programma era chiaro: occorreva riferirgli i concetti e gli istituti giuridici. Tanto la storia del diritto in Bonfante, quanto il diritto costituzionale in Orlando, si candidavano perciò a essere scienza giuridica generale. Le molte discipline giuridiche potevano di conseguenza riceverne il senso della loro specializzazione. Ora, per Cammarata, la tentazione della generalità del pensiero scientifico era il segnale della persistenza tra i giuristi di una *mentalità*, «quella mentalità naturalistica che traspare più o meno chiaramente nella maggior parte delle opere giuridiche contemporanee»¹⁴². Il naturalismo poggiava sul positivismo, che, nell'ottocento, aveva intravisto il compito della filosofia svilupparsi «ricapitolando e sintetizzando i risultati ottenuti nel campo delle singole scienze»¹⁴³. Stesso programma aveva la scienza giuridica generale nei confronti delle discipline particolari, dimostrando che il rapporto tra pensiero filosofico e pensiero scientifico era complicato, ma pure scaturiva, e riceveva la sua ragione, da quella «filosofia inconscia ed ingenua»¹⁴⁴, che era propria dei giuristi, e che perciò sbagliavano rifiutando la legittimità della filosofia del diritto, ritenendola «una disciplina perfettamente inutile, se non addirittura dannosa, per il puro giurista»¹⁴⁵. Invece, secondo

perché della storia si serviva per fondare una scienza giuridica generale che avesse il suo punto di partenza nello stato, che è «l'istituto giuridico per eccellenza» (p. 16), e dal punto di vista di quest'ultimo e non della storia. Si può dire che nella vasta somiglianza di impostazione teorica la storia del diritto e la scienza del diritto pubblico si stessero contendendo il nome di scienza giuridica generale: in altri termini, il primato sulla definizione dell'oggettività del diritto. L'insistenza di Bonfante sulla organizzazione politica *in genere* lo rendeva un precursore netto dell'oggettivismo, mentre Orlando, che leggeva lo stato come «un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria» (p. 15), non risolveva del tutto il rapporto tra soggettivismo e oggettivismo. Così, rappresentava quella forzatura della scienza del diritto pubblico, che un suo singolare cultore, Maurice Hauriou, avrebbe fatto presente (vedi *supra*, cap. 1, pp. 31-33), ma era una forzatura, perché era uno sforzo di concepire lo stato come un ente giuridico e il diritto nella sua oggettività, che sarebbe stata dispiegata in seguito dagli oggettivismi di Kelsen e Duguit (e anche, come vedremo, di Romano). Con uno sguardo alla scienza del diritto pubblico italiana, la forzatura è particolarmente evidente nel naturalismo sul quale si costruiva come generale quella scienza «per dare un fondamento scientifico alla teoria dello Stato» (è sempre Orlando, a p. 26): il riferimento alla soggettività era condizionato da una naturalizzazione della volontà.

¹⁴² A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 243.

¹⁴³ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 237 (anche, allo stesso modo, le pp. 241 e 249).

¹⁴⁴ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 255.

¹⁴⁵ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 235.

Cammarata, la persistenza della filosofia indicava che «la teoria generale del diritto [doveva] essere assorbita e superata in una disciplina veramente scientifica»; era questo, e non altro, «il *punto d'arrivo* dell'odierno atteggiamento assunto da tanti giuristi verso la filosofia del diritto»¹⁴⁶. Non era affatto un segno di sfiducia, quello della filosofia verso la scienza, ma il cenno a una generalità possibile della scienza giuridica. Non altrettanto si poteva dire della «tendenza» della scienza verso la filosofia: la scienza cercava di rimuovere le sue assunzioni filosofiche; così facendo, tuttavia, s'impediva di pensare fino in fondo le condizioni e le implicazioni della sua generalità.

Nel periodo di anni che videro Cesarini Sforza assentarsi dalla produzione accademica, Cammarata incominciò a ragionare sull'istituzionalismo romaniano¹⁴⁷. Egli falliva, però, l'apertura alla scienza giuridica prospettata nel 1922, che mostrava i suoi limiti, tornando indietro sui suoi passi; nel 1926, le riflessioni filosofiche erano di nuovo separate con decisione dalla scienza:

ogni discussione in cui la realtà del rapporto tra norma e attività pratica non sia piú un *dato* ma un *problema*, varca i limiti della giurisprudenza ed entra nettamente nell'ambito della filosofia. [...] in quest'ambito dovrà necessariamente inoltrarsi ogni giurista che voglia pervenire alla critica consapevole del valore del proprio lavoro, anziché restare – scriveva Cammarata – nella posizione dogmatica che è caratteristica della scienza.¹⁴⁸

¹⁴⁶ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., pp. 256-257 (corsivo nel testo).

¹⁴⁷ Cfr. A. E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"*, 1926, poi in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano 1963; e ora in ID., *Scritti sul formalismo giuridico*, Roma Tre Press, Roma 2023 (questa nuova edizione contiene anche l'articolo di Cammarata del 1922, insieme a tutti i suoi interventi principali che non furono inclusi nel volume del 1963). Se si occupò di istituzionalismo, non fu un caso: di Santi Romano, Cammarata era stato allievo a Pisa (ne aveva seguito il corso di Diritto costituzionale durante l'anno accademico 1916-1917) e mantenne stretti rapporti in seguito (cfr. il ricordo del maestro che egli avrebbe scritto per S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969).

¹⁴⁸ A. E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto*, cit., p. 164 (corsivo nel testo).

Si invitava il giurista a passare nel campo della filosofia del diritto; qui, era dove poteva risponderci il quesito della generalità giuridica. Nel formalismo filosofico di Cammarata, si trattava (ancora) di dare una definizione del concetto di diritto, che «[doveva] consistere *in una mera forma logica da cui sia assente ogni contenuto storico*»¹⁴⁹: nei fatti, era una sconfessione della possibilità di una scienza giuridica generale, perché se il concetto era generale, allora sconfinava in automatico tra le competenze della filosofia. Che poi, se era filosofico, il concetto dovesse astenersi da ogni riferimento storico, ci riporta al 1922, quando, durante il dibattito con Bonfante, Cammarata accostava le idee del romanista e storico del diritto a quelle che Romano aveva espresso in *L'ordinamento giuridico*, che uscì tra il 1917 e il 1918 per gli *Annali delle università toscane* e nel 1918 in volume, causando, nella scienza giuridica e nella filosofia del diritto italiane, una certa commozione¹⁵⁰.

Lo sforzo, sotto tanti aspetti mirabile, compiuto recentemente da uno dei più illustri giuristi contemporanei [Romano], di elaborare sotto l'angolo visuale proprio del giurista [...] il concetto del diritto, suona in definitiva come un segno di sfiducia nella filosofia del diritto. [...] né può dimenticarsi il giudizio di un noto ed apprezzato giurista e storico del diritto secondo cui la filosofia giuridica costituirebbe niente più che "il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto".¹⁵¹

¹⁴⁹ A. E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto*, cit., p. 149 (corsivo nel testo).

¹⁵⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto. Parte I*, Spoerri, Pisa 1918 (poi *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946² e ora Quodlibet, Macerata 2018); a completare il libro, nel 1925 Romano faceva uscire, in opuscolo, le *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Società Tipografica Modenese, Modena 1925: le aveva sì annunciate in *L'ordinamento giuridico* (cfr. p. 171 dell'edizione Quodlibet, dalla quale sempre citeremo), ma il progetto doveva essere molto più vasto. Romano non scrisse però mai una seconda parte della sua teoria degli ordinamenti giuridici; si dedicò, piuttosto, all'elaborazione dei suoi corsi in trattati, seguendo l'esempio di Orlando: erano testi istituzionali, che dovevano servire da punto di riferimento per una certa disciplina – nel caso di Romano: i diritti costituzionale, amministrativo e internazionale. La loro diffusione testimonia la sicura centralità del Romano giurista nella prima metà del novecento; d'altra parte, lascia all'interprete il compito oneroso di ricercarne il pensiero in mezzo a una selva di minuzie, scorrendo indici e confrontando formulazioni quasi identiche (per i riferimenti a queste opere, vedi *infra*, nn. 242 e 249).

¹⁵¹ A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche*, cit., p. 235 (vedi *supra*, n. 114, per gli estremi del passo di Bonfante riferito alla fine della citazione da Cammarata).

L'accostamento di Bonfante a Romano è illuminante della percezione formata da un filosofo del diritto dello stato dell'arte della scienza giuridica a inizio novecento. *L'ordinamento giuridico* prendeva le mosse da una rassegna di quelle «definizioni, che del diritto, in senso obbiettivo, sono state date» dal pensiero scientifico¹⁵²; perciò, era una trattazione generale, dove non si faceva parola della filosofia del diritto. Romano si dilungava, piuttosto, a spiegare la qualità della sua scienza giuridica generale: le difficoltà incontrate dalla scienza nella definizione del diritto derivano da che lo si sia capito a partire dal diritto privato, mentre *generalizzare* la scienza è possibile solamente a partire dal diritto pubblico¹⁵³. Definire il diritto era comunque necessario – e «non soltanto ai fini di quelle discipline più astratte, che sono la filosofia e la teoria generale del diritto, ma anche per le discipline giuridiche particolari»¹⁵⁴. Era necessario, definire il diritto, e definirlo pubblicisticamente, perché così sarebbe stato possibile trovare il senso di una specializzazione scientifica incipiente – nel diritto costituzionale, internazionale, ecclesiastico (sono, qui, i casi romaniani) – che rendeva desueta la sistemazione privatistica. Per questa ragione, Romano sconfessava che per definire il diritto ci si dovesse interessare della giuridicità delle norme, perché se ne doveva intendere, prima e meglio, la *pubblicità*, ché era questo che restituiva quando icasticamente scriveva: *ubi societas ibi ius*¹⁵⁵,

¹⁵² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 21. È noto che il primo rimando con il quale cominciava il saggio fosse ai «singolari lavori del Duguit» (n. 1), dai quali si diceva di prescindere, e agli *Hauptprobleme* kelseniani.

¹⁵³ Per Romano, lo si illustrava «nella vecchia e anche nella recente constatazione, che il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 24). Con le sue virgole e i suoi *quasi si direbbe*, Romano esitava, facendoci capire che il passaggio non era per niente scontato, anzi richiedeva una profonda trasformazione della scienza giuridica. Era «recente» infatti l'affermazione di una scienza del diritto pubblico. Come una *excusatio non petita*, poi, Romano sosteneva che la «constatazione» fosse anche «vecchia» – non è evidente a cosa si riferisse, ma si può ipotizzare che egli si riallaccasse alla «dottrina più antica» dei *systemata* del *Leviathan* hobbesiano e degli *entia moralia* del *De iure naturae et gentium* di Pufendorf, che Romano citava nel seguito (p. 42, n. 29).

¹⁵⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 23.

¹⁵⁵ Sul brocardo, per una prospettiva dell'epoca, cfr. A. LEVI, *Ubi societas ibi ius*, in «Rivista di filosofia», 16, 1925 (2), pp. 139-167, dove Levi ammetteva di non conoscerne l'origine. Per una ricostruzione delle fortune dell'*ubi... ibi...* romaniano, dove si conclude che, con tutta probabilità, fu proprio Romano a inventarlo, cfr. invece ora P. BELLINI, «*Ubi societas ibi societas*». *Considerazioni critiche sul fortunato adagio "ubi societas ibi ius"*, in «Rivista inter-

con la clausola che altrettanto si dovesse dire: *ubi ius ibi societas*¹⁵⁶. Era il tentativo di dare al diritto pubblico un riferimento generale: (1) dove c'è società, c'è diritto, ovvero la società è sempre organizzata giuridicamente; (2) dove c'è diritto, c'è società, ovvero il diritto è sempre fenomeno di organizzazione e non di individualità. Nella definizione era contenuta anche un'euristica al servizio della scienza giuridica (o meglio: al servizio delle molte «discipline giuridiche particolari»): (1) non cercare il diritto in «quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo in quanto tale»¹⁵⁷; (2) guarda all'organizzazione e troverai il diritto. La direzione della ricerca era anche in questo senso generale, nel senso che, che il diritto fosse pubblico, non voleva dire che lo si dovesse ricercare *nello specifico* nello stato; al pensiero scientifico era disponibile tutta una quantità di studi: il concetto «necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione»¹⁵⁸.

Le istituzioni romane sono indelebilmente plurali, una complessità di rinvii che apre il diritto alla sua materialità; ma, ancora prima, il pluralismo di Romano è una misura della specializzazione scientifica, anzi: serve a renderla possibile¹⁵⁹.

nazionale di filosofia del diritto», 88, 2011, pp. 155-193 e 345-380 (come che sia, l'origine dei brocardi era molto spesso incerta – oppure irrilevante rispetto al significato che gli si dava).

¹⁵⁶ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 37.

¹⁵⁷ *Ibidem*. Era il semplice contrapposto di *ubi societas ibi ius*: dove non c'è diritto, non c'è società, ovvero: le attività non sono messe in comune e non importa fare ricerca di concetti e istituti giuridici, perché non se ne troveranno.

¹⁵⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38.

¹⁵⁹ La seconda parte di *L'ordinamento giuridico* titolava *La pluralità degli ordinamenti giuridici e le loro relazioni*, la prima: *Il concetto di ordinamento giuridico*. L'interesse romano per la pluralità istituzionale può essere fatto risalire alle *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in «Archivio del diritto pubblico», 1, 1902 (4), pp. 229-308, dove egli propugnava una idea di sovranità contingente all'organizzazione statale, e al saggio scritto per il Trattato Orlando sulle autonomie comunali (*Il comune (parte generale)*), in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte I, Società Editrice Libreria, Milano 1908; ora in S. ROMANO, *Gli scritti nel "Trattato Orlando"*, Giuffrè, Milano 2003). In molte occasioni, poi, si dedicò agli effetti di disturbo provocati, nel diritto costituzionale, dalle autonomie sindacali (vedi *supra*, n. 81). *L'ordinamento giuridico*, quindi, trovava ragioni di discutere della pluralità istituzionale ricavandole dal confronto con il diritto ecclesiastico (cit., pp. 104-109) e internazionale (cfr. G. ITZCOVICH,

Seguendo l'euristica romaniana, alle discipline basta sapere che «l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obbiettivo», per orientarsi nelle loro ricerche¹⁶⁰. Si trattava di indicare la generalità del concetto e lasciare che la scienza lavorasse. Che l'istituzione dovesse essere generale, d'altronde, era, pure, quella «verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che “forma” e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale»¹⁶¹.

Criticamente, tuttavia, non si doveva confondere il presupposto scientifico, che sebbene possiamo chiamare formale derivava la sua necessità dalla materialità dell'organizzazione della ricerca, con il concetto al lavoro. Era stato questo lo sbaglio di Cammarata, e perciò il suo formalismo tagliava del tutto i ponti con l'istituzionalismo romaniano e, così facendo, con la scienza giuridica *in genere*, costituendo un caso esemplare dell'ostinazione filosofica, non soltanto a definire un concetto, ma a trarne anzitempo le conseguenze, prima delle sue applicazioni (come se queste se ne potessero separare). Romano era stato preciso, non dando adito a equivoci: se era opportuno definire il diritto con il concetto di istituzione, meglio era dire che tra diritto (ordinamento giuridico) e istituzione vige un'«equazione», un'equazione «necessaria ed assoluta»¹⁶².

“Something More Lively and Animated than the Law”. *Institutionalism and Formalism in Santi Romano's Jurisprudence*, in «Ratio Juris», 33, 2020 (2), pp. 241-257). La ricchezza dei rami del diritto sui quali Romano ritenne opportuno appendere, per così dire, il suo pluralismo, la multivocità delle ispirazioni romaniane, la varietà delle indagini che possono beneficiare del suo istituzionalismo, sono tutte indizi che la teoria degli ordinamenti giuridici fosse pensata nel solco di una scienza giuridica generale, come bene restituisce il gioco dei titoli della prima e della seconda parte del saggio del 1918, una volta che si sia preso sul serio il primo. Come ogni pluralismo in diritto, rimane da dire, anche il romaniano doveva fare i conti con l'esclusività dello stato: era a partire dalla scienza del diritto pubblico, dopotutto, che si era affermata l'esigenza, meglio ancora: si era intravista la possibilità, di una «teoria generale». Che, però, Romano non volesse legare le sorti del suo istituzionalismo a quelle dello stato (diritto pubblico in senso stretto) è evidente per vari ordini di ragioni; forse, la più chiara di queste è la definizione dello stato come un «sistema di istituzioni» (*Osservazioni sulla completezza*, cit., p. 8, n. 1) e l'ammissione di lacune istituzionali, di una «incompletezza dell'ordinamento» (p. 8); lo stato, così, per quanto fosse istituzione *di* istituzioni, era sempre riportato alla località di un'istituzione *tra* le istituzioni.

¹⁶⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 49.

¹⁶¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 51.

¹⁶² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38.

Che, meglio di una definizione, il concetto del diritto dovesse incorrere in una catena di equazioni: diritto e istituzione, istituzione e ordinamento giuridico, ordinamento giuridico e «ente o corpo sociale»¹⁶³, vuole dire che non si tratta di rimuoverlo dalla storia: «il diritto è, anzi tutto (*sic*), posizione, organizzazione di un ente sociale»¹⁶⁴ – e studiare la *posizione* del diritto significa, come è stato detto, abbandonarlo alla sua processualità¹⁶⁵. Se, nel 1922, l'accostamento di Romano a Bonfante da parte di Cammarata era importante, non era solamente perché così si facevano vedere le complicità percepite tra i tentativi di fermare che cosa dovesse essere una scienza giuridica generale, ma anche perché, avvicinando l'istituzionalismo alla storia del diritto, era implicito il suggerimento che parlare delle istituzioni comportasse ravvicinare il pensiero scientifico alla storia. Romano si rendeva perfettamente conto che la scienza del diritto pubblico, quando diventa scienza giuridica generale, diventa qualcos'altro. Non diventa, però, storia del diritto; questa, cioè, non ne ottiene una concezione generale: si può risalire ancora al diritto come istituzione, che di ritorno potrà orientare, tra le discipline particolari, anche le ricerche storiche¹⁶⁶. Ciononostante, l'istituzionalismo romaniano aveva per interno un richiamo alla storicità, contenuto nell'enfasi data alla posizione del diritto e al suo legame con l'organizzazione. Era, questa, una convinzione romaniana di lunghis-

¹⁶³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44.

¹⁶⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 56.

¹⁶⁵ Cfr. M. CROCE, *Cos'è l'istituzionalismo giuridico? Una visione processuale*, in «Politica&Società», 2020 (2), pp. 209-230.

¹⁶⁶ Per una prima ricognizione degli usi istituzionalistici della storia del diritto italiana, cfr. intanto R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in «Jus», 13 (Nuova Serie), 1962 (1), pp. 35-52 (cfr. anche ID., *Sociologia e studio storico del diritto*, cit., pp. 207-208) – alcuni spunti, non del tutto espliciti, per un inserimento di Riccardo Orestano nelle vicende istituzionalistiche, attraverso il concetto di esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi, in F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in «Diritto pubblico», 22, 2016 (3), pp. 963-1017. Cfr. poi, per brevità, tra i molti testi che di Paolo Grossi si potrebbero citare, P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 70, 1997, pp. 5-16, dove si ricorda l'importanza per la storia del diritto del «ripensamento teoretico avviato da un giuspubblicista, Santi Romano, straordinaria operazione culturale che va persino oltre il disegno dello stesso autore e che consente di ricollocare il diritto fuori dall'abbraccio soffocante dello Stato, ben vincolato invece alla società come fatto globale in tutta la esuberanza delle sue manifestazioni» (pp. 7-8).

simo corso, che egli aveva formulato già nel 1901 in *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, confrontandosi con la dottrina di Jellinek, ma che sarebbe rimasta alla base delle sue analisi successive¹⁶⁷.

Per Romano, presa dal verso della sua instaurazione, l'organizzazione si inserisce in una «retroattività necessaria»¹⁶⁸. «Un organo – scriveva – può certo esistere e funzionare, prima ancora che esista l'intero organismo di cui esso sarà parte integrante, allo scopo anzi di dar luogo a tale esistenza. Raggiunto questo scopo, esso perde la sua individualità autonoma, s'incorpora e si confonde con gli altri organi e tutti insieme formano le nuove istituzioni»¹⁶⁹. Si parte dalla constatazione che qualcosa può precedere le istituzioni, per spiegarne la composizione organizzativa¹⁷⁰. Ora, però, l'«effetto retroattivo»¹⁷¹ che una istituzione ha sulla sua instaurazione non risulta volontariamente, ma necessariamente. Un ordinamento costi-

¹⁶⁷ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Estratto dall'«Archivio giuridico», 9 (Nuova Serie), 1902 (1), Società Tipografica Modenese, Modena 1901. Su Jellinek, vedi *supra*, cap. 2, pp. 170-171.

¹⁶⁸ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 65.

¹⁶⁹ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., pp. 64-65.

¹⁷⁰ Ha parlato dell'istituzionalismo di Romano come l'istanza di una logica compositiva M. CROCE, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de "L'ordinamento giuridico"*, in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. (postfazione). Che l'istituzionalismo debba essere ritenuto, in Romano, uno stile della «composizione» si deriva anche dallo scandagliamento dei suoi «precedenti dottrinali» (A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 54 (Quarta Serie), 1977, pp. 682-704), da ritrovare, secondo molta critica, nelle *Genossenschaften* di Otto von Gierke, ma anche nei *systemata* di Hobbes: cfr. P. PASQUALUCCI, *Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 15, 1986, pp. 167-306. Tarantino e Pasqualucci non sono concordi, il primo sostenendo una derivazione più diretta del lessico istituzionalistico dall'uso del termine «istituzione», diffuso nelle scienze in senso lato politiche e storiche italiane nell'ottocento (una prospettiva interessante, da cfr. anche con R. ORESTANO, «*Institution*». *Barbeyrac e l'anagrafe di un significato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 11-12, 1982-1983, pp. 169-178, dove la diffusione del termine «istituzione» viene ricollegata a una singolare faccenda editoriale del *De iure naturae et gentium* di Pufendorf, attraverso la quale si sarebbe poi reso disponibile all'ottocento italiano); ma nulla toglie che fu lo stesso Romano a rimandare agli Hobbes, Pufendorf e Gierke in *L'ordinamento giuridico*. Dal senso di questi rimandi, esce fuori l'inserimento di Romano in un pensiero che guarda all'organizzazione ragionandone la composizione, ovvero: cercando una ragione di compostibilità tra i suoi molti organi.

¹⁷¹ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 65.

tuzionale, una volta instaurato, non guarda indietro agli organi della sua instaurazione con un atto volontario che li riconosce in quanto propri – e perciò giuridici. È, invece, una «legittimazione simultanea»¹⁷², quella che avviene quando si forma un'istituzione: se l'istituzione non si sarebbe potuta formare, senza gli organi che la precedono, allora è per necessità che quelli, che pure la precedono, e quindi devono dirsi *de facto* e non *de iure*, saranno giuridici.

Il decorso del tempo può esser necessario quando il fatto deve mutarsi in diritto per un elemento che ad esso venga ad aggiungersi dal mondo esterno; non già quando ciò avviene per forza naturale del fatto stesso, anzi quando tale trasformazione si può dire che costituisca lo scopo essenziale per cui il fatto esiste.¹⁷³

Ogni instaurazione, si potrebbe dire (togliendo alcuni dettagli, dei quali Romano era sempre appassionatissimo), è una instaurazione di fatto, ma, perché è una instaurazione, essa è subito giuridica¹⁷⁴. Così si capisce che la storia del diritto non poteva essere una scienza giuridica generale, perché con il concetto di istituzione si era pensata la storia del diritto come lo studio della affermazione e della conformazione degli ordinamenti giuridici (se ne concepiva la possibilità); ma si capisce anche che l'istituzionalismo, con il suo concetto di diritto come istituzione, istituzione che si instaura secondo processi determinati dallo stile della sua organizzazione, conteneva un riferimento fondamentale alla storia.

Trovando uno schema per pensare la temporalità esattamente giuridica del diritto, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* si limitava, appunto, agli ordi-

¹⁷² S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 56.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Per un ordinamento costituzionale è possibile anche una instaurazione di diritto: come quando con atto giuridico uno stato si divide in due stati. Ciò contraddiceva la teoria jellinekiana, per la quale ogni instaurazione è un'instaurazione di fatto – e bastava a Romano notare ciò per ritenerla confutata. La più importante critica romaniana a Jellinek, però, era che il pubblicista tedesco avesse ritenuto erroneamente che la fattualità dell'instaurazione si risolveva con il riconoscimento da parte dello stato del processo che l'ha formato.

namenti costituzionali. Era chiaro, d'altronde, che le sue implicazioni si estendevano a un arco di molto maggiore. Era chiaro, almeno, a Cesarini Sforza, che pubblicando *Il diritto dei privati*, nel 1929, rinviava al saggio romaniano del 1901, allargandone la destinazione a tutti i «corpi sociali». «Valgono per il sorgere dei corpi sociali – scriveva – le stesse considerazioni che si possono fare per le formazioni politiche», le considerazioni che Romano aveva svolto, chiariva, per tenere unite insieme la fattualità dell'instaurazione e la sua giuridicità¹⁷⁵.

Se, leggendo *L'ordinamento giuridico* con *Il diritto dei privati*, si può ottenere un'estensione della logica dell'istituzionalismo, leggere *Il diritto dei privati* con *L'ordinamento giuridico* risulta invece in una collocazione locale del saggio cesariniano. Romano, nel corredo di note che elaborò in vista della seconda edizione del suo libro, del 1946, ne includeva una dedicata a Cesarini Sforza, nella quale egli rinviava al diritto dei privati come a una disciplina che si occupa dei «casi limiti» dell'organizzazione¹⁷⁶. Si può dire che Romano intendesse il diritto dei privati cesariniano come una specializzazione prevista dal pensiero scientifico, un settore della scienza giuridica generale che si occupa delle «organizzazioni molto rudimentali»¹⁷⁷, quelle dove non è chiaro se siano soddisfatti i requisiti per parlare di un'istituzione. Ai casi che dovevano esservi trattati Cesarini Sforza ha dedicato, da *Il diritto dei privati* in poi, numerosi studi: ci sono le file allo sportello o davanti a un locale¹⁷⁸, le associazioni cavalleresche¹⁷⁹, gli ordinamenti sportivi (circoli e federazioni)¹⁸⁰, le giuri-

¹⁷⁵ *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4 (Nuova Serie), 1929 (1-2), pp. 43-124 (direttore della rivista era Pietro de Francisci; per capire la complessità del diritto in Italia, si fa presente che nel suo comitato direttivo erano presenti tanto Bonfante, quanto Del Vecchio); Cesarini Sforza incluse il saggio in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1942; dopo fu stampato indipendentemente per Giuffrè, Milano 1963; e ora per Quodlibet, Macerata 2018 (citazione a p. 58, n. 21).

¹⁷⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44, n. 29^{ter}. Romano rinviava, inoltre, a P. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in «Rivista di diritto processuale», 6, 1929 (1), pp. 155-170, ma dal contesto risulta chiaro che il riferimento principale fosse Cesarini Sforza.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., p. 37.

¹⁷⁹ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., pp. 38-39 e *passim*. Particolarmente rilevanti sono gli organi preposti ai duelli e le «corti d'onore».

¹⁸⁰ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., p. 39 (nn. 11 e 14 per capire la qualità dei casi studiati da Cesarini Sforza: circoli di scacchi e federazioni di atletica) e *passim*. Cfr. inoltre *La teoria*

sdizioni private¹⁸¹, ma l'elenco s'immagina potrebbe essere allungato, a misura che *si fa* diritto dei privati, ovvero ci si colloca entro questa specializzazione degli studi giuridici.

A prendere alla lettera Romano, – ma non ci sono ragioni per non farlo, siccome, se il suo istituzionalismo era una scienza giuridica generale, lo era per trovare il senso specialistico delle «discipline giuridiche particolari», – *Il diritto dei privati* considerava un ambito giuridico singolare: aveva una rigorosa specificità disciplinare. Di che cosa si trattasse, lo possiamo leggere nelle parole di Cesarini Sforza, quando definiva il suo diritto dei privati come il diritto che «*i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statutale*»¹⁸², come «*il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte*»¹⁸³. Al diritto dei privati si arrivava, sembra, con uno scavo degli «strati della realtà giuridica»¹⁸⁴: l'osservazione del giurista restituisce, in primo luogo, il diritto pubblico e privato, cioè il diritto che può essere richiamato allo stato; troviamo, in secondo luogo, il diritto consuetudinario, sia *praeter* che *contra legem*; e solo in terzo luogo si scopre il «campo in cui domina l'autonomia della volontà»¹⁸⁵ e «la volontà privata regola autonomamente anche materie che né la legge statutale né le consuetudini da questa autorizzate hanno preso in considerazione, oppure hanno considerate in modo diverso»¹⁸⁶. Seguendo l'indicazione di Romano, abbiamo che il diritto dei privati consegue dalla pubblicità del diritto scoperta entro l'istituzionalismo: laddove anche il diritto pubblico (in senso stretto) e il diritto privato non arrivano, e non hanno a disposizione delle consuetudini alle quali rinviare, è ancora possibile trovare

degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo, in «Il Foro Italiano», 58, 1933 e *Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori delle gare*, in «Il diritto automobilistico», 2, 1936 (8), entrambi poi in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit.; cfr. in seguito *Diritto del lavoro e diritto sportivo*, in «Il diritto del lavoro», 25, 1951, pp. 257-270.

¹⁸¹ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., pp. 97-99. Cfr. inoltre *L'arbitrato nelle controversie individuali del lavoro e plausibilità della motivazione del licenziamento*, in «Il diritto del lavoro», 27, 1953, pp. 391-396.

¹⁸² *Il diritto dei privati*, cit., p. 13 (corsivo nel testo).

¹⁸³ *Il diritto dei privati*, cit., p. 34 (corsivo nel testo).

¹⁸⁴ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., pp. 29-33.

¹⁸⁵ *Il diritto dei privati*, cit., p. 32.

¹⁸⁶ *Il diritto dei privati*, cit., p. 33.

la logica dell'organizzazione in quell'autonomia, «che si potrebbe chiamare organizzativa od associativa», e che «sta alla base del diritto dei privati»¹⁸⁷. Serviva allora, il saggio cesariniano del 1929, per dimostrare ulteriormente i meriti dell'istituzionalismo romaniano come una scienza giuridica capace di attendere al diritto nella sua generalità.

In Italia, tuttavia, non mancarono voci a manifestare i demeriti dell'istituzionalismo proposto con *L'ordinamento giuridico*, voci che trovarono spazio, ancora, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*¹⁸⁸. Del Vecchio¹⁸⁹ difendeva la filosofia dall'accusa rivoltale da Romano, quando questi scriveva che «il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato a occhi chiusi [la definizione del diritto] dal diritto privato»¹⁹⁰: la tesi romaniana che il diritto fosse stato definito con esclusivo riguardo alla norma e alla sua imperatività, senza tener conto che esso è anche un «principio di convivenza»¹⁹¹, è infondata; solo, le riflessioni filosofiche avevano inteso il diritto come un principio di organizzazione, che deve rimanere distinto dal «fatto o l'esistenza della "società organizzata"»¹⁹². Sull'esempio delvecchiano, più o meno concordi con i suoi presupposti filosofici (anzi ne citeremo di assai distanti), si affastellarono una serie di opinioni tutto sommato disposte in una medesima direzione. Sergio Panunzio insisteva che la teoria degli ordinamenti giuridici dovesse essere «spiegata e [...] sostenuta da una teoria filosofica»¹⁹³ che facesse caso a distinguere la giuridicità dell'istituzione dalla sua semplice esistenza; e Vincenzo

¹⁸⁷ *Il diritto dei privati*, cit., p. 35.

¹⁸⁸ Sulla *Rivista internazionale* stava continuando, intanto, il dibattito sull'ordinamento universitario; cfr. B. DONATI, *Obbietto e autonomia scientifica di una introduzione alla scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 7, 1927 (2), pp. 133-150, dove si faceva seguito alle paure di Levi (vedi *supra*, n. 134) di una sostituzione della filosofia del diritto con un corso propedeutico di introduzione dei temi e problemi giuridici, introduzione che, secondo Benvenuto Donati, doveva riguardare le condizioni di possibilità della scienza giuridica. Era in questo senso che l'introduzione assumeva valore filosofico e che la filosofia del diritto, diceva, «prende[va] il nome di epistemologia» (pp. 139-140).

¹⁸⁹ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto. I*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (3-4), pp. 191-202.

¹⁹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 24.

¹⁹¹ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 193.

¹⁹² G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 195.

¹⁹³ S. PANUNZIO, *Stato e sindacati*, cit., ma in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (1), pp. 1-20, p. 15, n. 1.

Miceli si chiedeva: «Che cosa è l'istituzione senza la regola? Un insieme farraginoso di persone, accozzate a caso, una massa di rapporti che si svolgono disordinatamente»¹⁹⁴. Né i dubbi sull'indirizzo avviato da Romano furono limitati alla *Rivista internazionale*, se, sulla *Rivista di diritto pubblico*, Alessandro Bonucci aveva saputo ricondurre l'istituzionalismo romaniano all'affermazione che «*il diritto pone la norma giuridica*», spiegandone la circolarità con la mancanza, da parte di Romano, di riconoscere al processo di produzione normativa un carattere di «eterogeneità»¹⁹⁵; e, sulla *Rivista di filosofia*, Alessandro Levi, per quanto dicesse che Romano era arrivato, per vie indipendenti, alla sua stessa conclusione della «giuridicità intrinseca, cioè logica, del sistema di organizzazione di qualsiasi società», gli rimproverava, tuttavia, di aver seguito «la via, scientifica, dell'osservazione naturalistica» – e perciò di non avere dato il giusto peso al fatto che «ogni giudizio giuridico è una proiezione di un criterio di valutazione»¹⁹⁶. La critica di Levi ci fornisce lo schema di tutte quelle critiche che, in accordo con le conclusioni romaniane, o comunque accentandone alcuni presupposti, ciononostante se ne distaccavano facendo notare il rilievo, per il diritto, del momento normativo. Sono posizioni, queste, che furono assunte ancora avanti negli anni trenta. Orazio Condorelli, per quanto affermasse di appoggiarsi all'istituzionalismo romaniano, lo faceva evidentemente torcendolo dalla parte della normatività: «L'ordinamento sociale è da per sé stesso, per sua propria natura, normativo»¹⁹⁷; e se ci ricordiamo, Arnaldo Volpicelli avrebbe corretto il pluralismo di Romano insistendo che il diritto fosse la «struttura normativa della società»¹⁹⁸.

Tenendo a mente il campo largo di queste critiche, ci aspetteremmo di trovare, in Cesarini Sforza, dalla prospettiva della sua presa di posizione locale entro l'isti-

¹⁹⁴ V. MICELI, *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1923 (1), pp. 21-32.

¹⁹⁵ A. BONUCCI, *Ordinamento giuridico e stato. Contributo alla teoria della definizione*, in «Rivista di diritto pubblico», 12, 1920 (2), pp. 97-123, p. 98 (corsivo nel testo) e pp. 118-119.

¹⁹⁶ A. LEVI, *Ubi societas ibi ius*, cit., ma in «Rivista di filosofia», 16, 1925 (2), pp. 139-167, pp. 141, 143 e 153.

¹⁹⁷ O. CONDORELLI, *Ex facto oritur jus*, cit., ma in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 11, 1931 (6), pp. 585-600, p. 599.

¹⁹⁸ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 5, 1932 (2), pp. 100-132, p. 116 (vedi *supra*, cap. 1, pp. 11-12).

tuzionalismo, un cruciale eccepimento a esse. Contro ogni aspettativa, però, niente di tutto ciò nel saggio cesariniano del 1929, che bene ne ha fatto definire l'autore come «il piú eterodosso dei normativisti»¹⁹⁹. Nella sua critica, che è la piú decisa, a Romano, Del Vecchio aveva asserito che egli aveva sviluppato la teoria degli ordinamenti giuridici «secondo la tesi ormai vieta dell'empirismo giuridico e sociologico»²⁰⁰. Esplicitava, così, quella che si suppone fosse una percezione diffusa – e cioè che il nuovo parere istituzionalistico rientrasse nel dissidio tra la filosofia del diritto e la scienza giuridica generale, o almeno che era intenzione farvelo rientrare, ovvero che, tra il 1917 e il 1918, avessero contribuito alla contesa tra filosofi e giuristi, tanto l'intervento di Bonfante, quanto *L'ordinamento giuridico*, e, insomma, che i due dibattiti che stiamo affrontando fossero in realtà uno solo. Bisogna fare molta attenzione a non pensare che da una parte ci fosse la filosofia e dall'altra la scienza, perché, semmai, erano due concezioni del pensiero scientifico a essere a confronto. Lo si riconosce nel passo romaniano ritenuto da Del Vecchio massimamente oltraggioso, quando Romano scriveva, come abbiamo visto, che diritto pubblico e filosofia del diritto erano stati complici in una definizione privatistica del diritto. Scrivendo *diritto pubblico*, Romano aveva in mente la *scienza* del diritto pubblico, che, per lui, era rimasta ancorata a una impostazione civilistica. Lo si vedeva perfettamente in Italia, meglio che altrove, osservando il versante ascendente, ottocentesco, della parabola della romanistica: nell'adeguamento dello *ius civile* alle esigenze del codice civile, era stato tutto un fiorire del trasferimento di concetti e istituti di diritto privato in diritto pubblico. Ma se ne aveva conferma rivolgendosi al momento classico della scienza del diritto pubblico in Germania: i Gerber, Laband e Jellinek avevano lavorato a fermare come allo stato potesse essere attribuita una volontà giuridica istitutrice di rapporti, anch'essi giuridici, tra gli individui, i soggetti di diritto. Perciò ci si era affannati a capire come la norma potesse essere senz'altro norma giuridica: sebbene l'oggettività dell'organizzazione statale avesse cominciato a avvicinarsi al centro del pensiero scientifico, questo aveva conservato indelebile un'istanza soggettivistica – diritto, in definitiva, era rimasto lo spa-

¹⁹⁹ M. SPANÒ, *Zona Cesarini. Linee per una rilettura de "Il diritto dei privati"*, in *Il diritto dei privati*, cit. (postfazione), p. 139.

²⁰⁰ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 198.

zio dove una volontà si afferma a normare, rendendola possibile, la «convivenza». Per Romano, invece, era ora di prendere sul serio, del diritto, l'oggettività: era questo il senso del suo istituzionalismo. Le norme sono fenomeni succedanei: per esprimere una volontà giuridica, c'era da valutare tutta una serie di condizioni nella materialità dell'organizzazione, senza la quale ogni discorso sulle forme del diritto rimaneva vuoto. La forma, nell'istituzionalismo romaniano, apparteneva alla sua messa in forma, alla sua posizione.

Prima che ci pensasse Cesarini Sforza con *Il diritto dei privati*, già Romano aveva esteso le applicazioni del suo *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*: «Se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente, e che quindi non è possibile ritenere che il diritto sia non un'istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona». Questo scriveva in *L'ordinamento giuridico*, aggiungendo che ciò vale «per lo Stato, ma non solo per lo Stato»: ogni istituzione «esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita»²⁰¹. Egli rimaneva perplesso davanti alle insistenze di chi voleva concepire la formazione di un ordinamento come un'instaurazione di fatto, intendendo che la scienza giuridica non ne avesse a che fare: certo, la fattualità di certe instaurazioni è indubitabile, ma in che senso nel diritto non si ha competenza riguardo a esse? Se c'è organizzazione, c'è ordinamento; il diritto sono anzi gli organi della affermazione e della conformazione istituzionale. Come invece si credesse che una istituzione prima si forma e poi è giuridica, quando le sue norme ricevono una definizione univoca della loro giuridicità, egli scriveva lapidario, «non mi riesce d'intendere»²⁰². Era il pubblicista a parlare, ma il pubblicista che si rendeva conto che certo pensiero filosofico ostacolava il superamento della scienza del diritto pubblico da parte di una scienza giuridica generale, affezionato com'era, di quella, solo e soltanto alle premesse soggettivistiche e quindi ignaro dei futuri promettenti dello studio dell'oggettività giuridica. L'istituzionalismo era questo – un *j'accuse* rivolto a una scienza giuridica che non si disfaceva di quella mentalità, forziamo i termini, che impediva di ritenere passato il tempo del-

²⁰¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 55.

²⁰² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 56, n. 37.

le elucubrazioni intorno alla giuridicità delle norme, che impediva, cioè, di affermare con tranquilla posatezza che «prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto», perché «manca l'organizzazione che rende giuridica la norma»²⁰³. Due erano insieme i problemi annosi che venivano perciò risolti: se prima dell'istituzione c'è qualcosa, questo, nella sua fattualità, è anch'esso giuridico; e all'istituzione non è precedente una norma che ne stabilisca la giuridicità. L'organizzazione, rispetto al diritto, è sia precedente, sia simultanea. Questo, in una parola, l'oggettivismo romaniano.

Ora, sappiamo che, nel 1918, Cesarini Sforza aveva avuto da ridire alla sfiducia di Bonfante verso la filosofia del diritto. *La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza* era stato uno dei suoi ultimi interventi prima degli anni venti, quando, per la maggior parte, egli si astenne dalla produzione accademica. Alla fine di questo iato, troviamo *Il diritto dei privati*, dove Cesarini Sforza, secondo Romano, aderiva al suo istituzionalismo, anzi tracciava gli estremi di un approccio disciplinare particolare comprensibile attraverso l'istituzionalismo come scienza giuridica generale. A considerare le due mentalità dietro ai dibattiti tra giuristi e filosofi, avremmo dunque che, nel 1918, Cesarini Sforza ritenesse dannosa una mentalità scientifica, mentre, nel 1929, una mentalità filosofica; che, prima di prendersi quella che sembrerebbe una pausa di riflessione, capisse l'utilità di chiamarsi filosofo, mentre dopo l'utilità di chiamarsi giurista. Per sapere come orientarci tra indicazioni opposte, dobbiamo riferirci all'intelligenza della sua presa di posizione locale: il diritto dei privati non era un punto di partenza qualsiasi, nella generalità del diritto, perché interveniva nell'istituzionalismo a scoperchiarne le ragioni dell'oggettività.

Scrivendo Cesarini Sforza:

non si vede un dato ordinamento nella norma o nelle norme che lo esprimono (e che premono sulla volontà dei loro destinatari perché lo realizzino), bensì nel rapporto o nei rapporti in cui si concreta, onde più non interessa stabilire *di quale ordinamento si tratta* (cioè di stabilire quale è stato scelto fra tutti gli ordinamenti possibili), ma *se si tratta di un ordinamento* (cioè di stabilire se dei rapporti giuridici si sono realizzati e si realizzano). E se una gerarchia di ordinamenti non è più possibile, bisogna concludere che il concetto di

²⁰³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 56.

ordinamento giuridico viene in considerazione ogni volta che da un rapporto giuridico, attraverso la norma che lo regola, si risale a una volontà regolatrice, *quale che sia codesta volontà*²⁰⁴.

È una confusione sincretica di riferimenti: da una parte, abbiamo che l'ordinamento giuridico non è una compilazione di norme, dall'altra, in decisiva divergenza dalle posizioni romaniane²⁰⁵, che l'ordinamento giuridico richiama il prodursi di rapporti e quindi è lo spazio incoativo delle affermazioni volontarie. Con *Il diritto dei privati*, Cesarini Sforza esige che l'istituzionalismo partisse dal rapporto giuridico: non erano da studiare solo le relazioni tra gli ordinamenti giuridici, non ci si doveva limitare a chiedere se si trattasse di questa o quella istituzione, per capire magari quale fosse l'approccio specialistico richiesto durante la ricerca; ma ci si doveva spingere a mettere in discussione, di un'istituzione, le condizioni che ne sanciscono la possibilità – di un'istituzione, bisogna pensare l'instaurazione, e non per ricondurre la sua organizzazione all'oggettività della sua composizione di organi, ma per scoprire i rapporti giuridici che ne sono la realtà. Dal rapporto giuridico, che è «l'interdipendenza delle azioni di due soggetti [...] stabilita da una norma in guisa che uno di essi sia titolare di un diritto verso l'altro e l'altro sia investito di un obbligo verso il primo» e che «costituisce il nucleo primitivo di ogni realtà sociale», – dove «non c'è realtà sociale che non sia realtà giuridica», – si può partire per riportare il diritto alla sua produzione²⁰⁶. Da qui poi «si aprono i campi della filosofia»²⁰⁷, perché saranno le riflessioni filosofiche a andare a fondo di che cosa intendere per un rapporto giuridico, un rapporto nel quale «l'ego e l'alter si trovano in una situazione di equilibrio e di equivalenza»²⁰⁸. I rapporti giuridici espongono le volontà a confronto alla loro *insoddisfazione*, perché né una volontà riterrà di affermarsi negando l'altra, né si denegherà per permettere all'altra di affermarsi. La fragilità dell'equilibrio tra due volontà è ciò che porta all'ordinamento.

²⁰⁴ *Il diritto dei privati*, cit., pp. 22-23 (corsivo nel testo).

²⁰⁵ Cfr. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Giuffrè, Milano 1976.

²⁰⁶ *Il diritto dei privati*, cit., p. 21.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Il diritto dei privati*, cit., p. 22.

Per Cesarini Sforza, quando «si pensa il rapporto giuridico come rapporto tra due soggetti, si è nella sfera della concezione subbiettivistica» e questo è un aspetto «incancellabile» della realtà giuridica²⁰⁹. Se il mondo del diritto è un mondo di istituzioni, significa che l'organizzazione è sufficiente per parlare di diritto. Non importano le specifiche organizzative: su tutte, una istituzione non deve essere gioco-forza una formazione statale. E però nemmeno la scienza giuridica si può limitare a definirsi volta per volta scegliendo quale istituzione prendere in considerazione: l'oggettività dell'organizzazione va ricondotta alla sua soggettività, ai rapporti che le danno *occasione* di prodursi²¹⁰. Forte delle acquisizioni che le sue riflessioni filosofiche avrebbero dispiegato negli anni trenta, ma che erano state delineate nei lavori degli anni giovanili, Cesarini Sforza trovava nell'istituzionalismo romaniano il luogo dove intervenire nella scienza giuridica. Lo faceva conservando la singolarità della sua filosofia del diritto, perciò che, affermando che il diritto dei privati fosse la scoperta di una disciplina giuridica particolare, Romano non avrebbe avuto tutti i torti, ma neanche troppa ragione. La presa di posizione locale di Cesarini Sforza si deve all'impossibilità per la filosofia di prescindere dalla scienza, ma ne è anche una critica, una critica che ha tanto più effetto, siccome l'istituzionalismo si proponeva come una scienza giuridica generale. Inevitabilmente, il posizionamento cesariniano lo conduceva anche a schierarsi nei dibattiti seguiti alla pubblicazione di *L'ordinamento giuridico*. Il suo schieramento è del tutto peculiare e finisce, nel 1929, quel che nel 1918 era stato abbozzato: la filosofia del diritto non si sostituisce alla scienza giuridica, o meglio, se il pensiero scientifico vuole essere generale, le riflessioni filosofiche non devono contestargli questa sua generalità, ma insistere sulla sua possibilità se c'è qualcosa che l'ostacola.

²⁰⁹ *Il diritto dei privati*, cit., p. 20.

²¹⁰ Se tutto ciò includeva ereticamente Cesarini Sforza nella traiettoria che il positivismo ha seguito nell'ottocento tedesco verso un occasionalismo politico (cfr. S. MEZZADRA, *Dalla necessità all'occasionalità del positivo. Figure della giuspubblicistica tedesca da Savigny a Jellinek*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1997 (1), pp. 53-88), rimane da vedere. Lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, vale per Romano.

La pletora di critiche che *L'ordinamento giuridico* ricevette, scriveva Cesarini Sforza,

non avrebbe fondamento, se l'istituzione fosse dal Romano concepita in senso subbiettivo, cioè come attuazione o verifica di un ordinamento; ma evidentemente egli la concepisce in senso obbiettivo, non come attuazione bensì come posizione di norme, non come verifica di un dato principio d'organizzazione bensì come esigenza che una data organizzazione si verifichi.²¹¹

Lo schieramento di Cesarini Sforza nel dibattito che seguì all'uscita di *L'ordinamento giuridico* è peculiare, perché egli s'impegnava a sostenere che le critiche rivol-

²¹¹ *Il diritto dei privati*, cit., pp. 23-24, n. 9. Cesarini Sforza citava le critiche di Panunzio e Miceli (vedi *supra*, nn. 193 e 194). Citava anche il *Trattato di diritto civile italiano* di Francesco Ferrara, una critica nota a tutto il dibattito, benché portata avanti lontano dalle pagine di giornale. Per il civilista, era un errore identificare il diritto e l'istituzione, perché il primo è ciò che, entro la seconda, rappresenta la funzione che la sostiene: «Il diritto è l'anima, è il principio vitale, è il prodotto necessario dell'ente sociale, esiste in esso, e senza di esso è inconcepibile. Ma non può il concetto di diritto attingere elementi della sua essenza dall'involucro in cui è racchiuso, dall'organismo, di cui costituisce una funzione» (F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Athenæum, Roma 1921, p. 3, n. 2). Il passaggio è da cfr. con S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 52-53: «Anche se [...] potrebbe non essere inesatto concepirla [l'istituzione] come il corpo, l'ossatura, la membratura del diritto, ciò non toglie che quest'ultimo non sia da essa separabile, né materialmente né concettualmente, così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente». Pure Ferrara considerava ingiustificata l'equazione di ordinamento giuridico e istituzione: di che cosa si parla, dicendo diritto, se il diritto fa tutt'uno con l'«ente sociale»? Le critiche di un Ferrara, però, sono in particolare rilevanti per il luogo da dove provengono, un trattato di diritto *civile*. Fino da quando Romano aveva indicato il diritto costituzionale come «il sistema dei principi generali di diritto pubblico» (S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in «Archivio del diritto pubblico», 1, 1902 (11-12), pp. 659-676, p. 668), aveva avvertito l'esigenza di ricondurvi il diritto privato (pp. 671-674). S'iniziava a diffondere l'opinione che la civilistica dovesse interrompere l'uso inveterato di generalizzare concetti e istituti privatistici: obiettava a Ferrara l'ingerenza nel diritto pubblico (citando Romano) M. SIOTTO PINTOR, *La filosofia del diritto e il diritto pubblico in un trattato di diritto civile*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (1), pp. 68-76. Rimbeccandogli, Ferrara trovava il titolo da dare a tutte le resistenze ai cambiamenti proposti in quegli anni: F. FERRARA, *Incursioni d'un privatista in campi proibiti*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (2), pp. 133-144. Indagare ogni rivolo dei dibattiti ai quali *L'ordinamento giuridico* dette luogo non rientra tra gli scopi della nostra trattazione, ma si ricordi che essi erano presenti a chi, come Cesarini Sforza, allora prendeva posizione – e prendere posizione, nella coesione di opinioni divergenti nella comunità scientifica di quei tempi, voleva dire sapersi districare in un capriccio di riferimenti.

te a Romano erano giustificate, ma solo se si teneva fermo a una determinata convinzione. Per Cesarini Sforza, con l'istituzionalismo la scienza arrivava a «attaccare piú in alto il primo anello della catena dei concetti»²¹². L'avrebbe ripetuto in *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica* (1934), dove scriveva che, con «il concetto di “istituzione”, la scienza sposta il suo limite, appende piú in alto – potrebbe dirsi – il primo anello della sua catena concettuale», ma «non modifica menomamente (*sic*) il suo procedimento logico»; «il dato-limite ha sempre carattere nettamente oggettivo, consistendo in una entità irriducibile a qualsiasi manifestazione o combinazione di volontà soggettive»²¹³. In queste formulazioni, possiamo trovare sia la partecipazione cesariniana all'istituzionalismo, sia la sua critica: se, da una parte, la teoria degli ordinamenti giuridici ha avuto il merito di concepire l'oggettività del diritto come un riferimento generale²¹⁴; dall'altra, la generalità del riferimento la portava a essere un oggettivismo giuridico²¹⁵.

«“Organizzazione”», secondo Cesarini Sforza, era «coesistenza ed equilibrio di individualità diverse»²¹⁶ – non una composizione di organi, perciò, ma di rapporti giuridici. Ora, leggendo *L'ordinamento giuridico* attraverso le lenti di questa definizione, abbiamo che Romano, al contrario, aveva respinto il rilievo dei rapporti²¹⁷,

²¹² *Il diritto dei privati*, cit., p. 15.

²¹³ *Oggettività e astrattezza*, cit., pp. 21-22.

²¹⁴ Quasi del tutto assenti, se non per rare eccezioni, i richiami all'istituzionalismo francese in *Il diritto dei privati*, ma *Oggettività e astrattezza* (cit., p. 21) avrebbe messo in chiaro che in questo contesto si poteva convocare anche il nome di Maurice Hauriou. In merito alle eccezioni alle quali si accenna, vedi *infra*, n. 235.

²¹⁵ Nelle sue *Lezioni di teoria generale del diritto*, cit., Cesarini Sforza, imprestando la terminologia, riteneva che tra Romano e Kelsen ci fosse la differenza tra una «dinamica» e una «statica» del diritto (p. 89), una differenza che non toglie, anzi corrobora l'inclusione dell'istituzionalismo nell'oggettivismo giuridico. (Non è possibile capire quale sia stato scritto prima tra *Il diritto dei privati* e le *Lezioni* e si fa bene a ritenerli coevi.)

²¹⁶ *Il diritto dei privati*, cit., p. 37, n. 9.

²¹⁷ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38: «il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»; e p. 67: l'istituzione «implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata» e «consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici. L'istituzione è unità; il rapporto, giuridico o non giuridico, postula la pluralità».

anzi lo aveva fatto con caparbia, tanto che ci si può chiedere, dal momento che Cesarini Sforza dissentiva per un aspetto così cruciale dall'istituzionalismo romano, se dobbiamo parlare, affatto, di un istituzionalismo cesariniano. Per Romano, l'oggettivismo riguardava l'ordine di derivazione tra diritto pubblico e privato, e quindi la prospettiva da assumere per una scienza giuridica generale. Scriveva, con la cautela che gli era tipica quando scendeva nel dettaglio, che «la definizione [...] del diritto in senso obbiettivo non è senza importanza anche per le dottrine che concernono il diritto in senso soggettivo»²¹⁸. Il diritto in senso soggettivo è un insieme di rapporti giuridici – e la persistenza del rapporto giuridico nelle «dottrine» soggettivistiche si vede bene nel caso della proprietà: partendo dal diritto privato, si insiste infatti che la proprietà consista nel rapporto tra il proprietario e chi altri egli esclude dall'uso e dal godimento di un bene, tanto come nel rapporto che si viene a istituire quando il proprietario esige che un bene sottrattogli gli sia restituito. Per il diritto in senso oggettivo, invece, non si tratta di un rapporto tra soggetti, ma del rapporto tra un soggetto e una cosa²¹⁹. Ora, se la proprietà è un rapporto tra un soggetto e una cosa, è possibile discuterne il contributo alla composizione organizzativa di un'istituzione: la proprietà è terreno fertile di numerosi rapporti giuridici tra i soggetti, ma non è innanzitutto quei rapporti, che anzi, se così fosse, non si saprebbe né da dove vengano, né come dovrebbero partecipare alla formazione dell'ordinamento²²⁰. A simili riduzioni concettuali della razionalità privatistica arrivava l'oggettivismo, partendo dalla pubblicità del diritto. Ma è il caso di

²¹⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 85-86.

²¹⁹ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 87: «Se il diritto reale si vuol concepire come un rapporto e, nello stesso tempo, colpirlo nel suo vero contenuto, non c'è altra via che di ammettere che un rapporto giuridico possa aversi fra una persona e una cosa». Cfr. con l'opinione non a caso contraria di Cesarini Sforza, nella successiva *Filosofia del diritto*, cit., p. 89: «Lo schema del rapporto giuridico: relazione tra volizione (imperativo) di un soggetto e l'azione (obbligo) di un altro soggetto, si concreta la prima volta mediante la volizione di colui il quale può dire: questa cosa (questa terra) è mia, volizione che non può non rivolgersi al comportamento di un altro uomo, di colui che non può dire altrettanto».

²²⁰ L'immaginiosità si giustifica, perché la proprietà è *terreno fertile* solo in obbedienza alla lunghissima storia dell'istituto, nella quale particolare rilievo è stato dato al fondo agricolo, oltretutto per sottolineare che, in Romano, proprietà è *località* nella quale prenderanno forma i rapporti giuridici tra i soggetti.

riservare al diritto pubblico il senso stretto del termine, in base al quale è il diritto statale, e parlare dell'*oggettività* del diritto. Se punto di partenza è il soggettivismo, insomma, nella proprietà non si riusciranno a vedere i legami con l'organizzazione, perché si insisterà che l'istituto si risolva nel rapporto tra due soggetti. Questo e altri difetti convinsero Romano che il diritto soggettivo dovesse essere dedotto dal diritto oggettivo: della proprietà si poteva continuare a parlare come di un rapporto, per non distruggere la concettualità che il pensiero scientifico aveva elaborato intorno all'istituto, ma il discorso poggiava sulla sua oggettività di specifica organizzativa.

Oggettivismo e soggettivismo giuridico sono due concezioni definite in base ai concetti, rispettivamente, di organizzazione e di rapporto giuridico. Se stava diventando generale, la scienza giuridica sapeva di non dover rimanere radicata nella pubblicistica. L'istituzionalismo era una scienza giuridica generale perché sapeva inserirsi nel movimento che pensava il diritto pubblico come l'istanza di un diritto statale, insistendo, invece, sulla generalità del diritto oggettivo e sulla «dissociabilità dei due concetti di diritto e di Stato»²²¹, come, in apertura a *Il diritto dei privati*, scriveva Cesarini Sforza. In Romano, però, il movimento restava, comunque, vincolato al diritto pubblico: *positivamente*, perché era stata la scienza del diritto pubblico a fornire al pensiero scientifico il luogo dove generalizzarsi; e *negativamente*, perché, allargandone la destinazione, lavorava a concetti e istituti pubblicistici. Da questo vincolo, segue quella che possiamo ritenere la formulazione concisa dell'istituzionalismo romaniano: l'organizzazione è il *luogo* dei rapporti giuridici (il diritto soggettivo ha luogo *nel* diritto oggettivo). Si misura, perciò, la distanza di Cesarini Sforza da Romano: per l'autore di *Il diritto dei privati*, invece, i rapporti giuridici *danno* luogo all'organizzazione (il diritto oggettivo ha luogo *dal* diritto soggettivo). Romano era riuscito a squadernare l'oggettività del diritto, mostrando come il diritto privato non eccepisca al pubblico, bensì se ne deduca; egli, rimuovendone la dualità, era arrivato a affermare che il concetto del diritto è l'organizzazione. E però si era fermato troppo presto: all'«esigenza che una data organizzazione si verifichi»²²², senza sprofondare nelle ragioni della sua formazione.

²²¹ *Il diritto dei privati*, cit., p. 13.

²²² *Il diritto dei privati*, cit., p. 24, n. 9.

Se l'oggettivismo è vincolato al diritto pubblico, il soggettivismo, che in Cesarini Sforza veniva rilanciato, ha uno stesso legame con il diritto privato, nella misura in cui, come per il diritto oggettivo concetto radicale è l'organizzazione, così il diritto soggettivo parte dal rapporto giuridico: è una recidiva privatistica, il soggettivismo cesariniano, che però poggia sull'operazione romaniana, perché, tanto sarebbe insufficiente dire che la teoria degli ordinamenti giuridici è un diritto pubblico, quanto quello cesariniano non è un diritto privato, bensì un diritto dei privati. L'istituzionalismo di Cesarini Sforza, allora, era una presa di posizione locale entro il campo aperto da Romano; tuttavia, non ne era una specializzazione disciplinare, perché, piuttosto, si accingeva a indicare dove, conforme al suo oggettivismo, l'istituzionalismo romaniano si era dovuto fermare, prima di ottenere una concezione giuridica di come l'organizzazione si formi. L'organizzazione doveva essere riportata a un ordine delle attività che la realizza, all'*ensemble* di rapporti giuridici che ne sono la trama, prima e meglio di ogni composizione di organi. Non l'aveva saputo vedere, Romano, perché la sua concettualità era vincolata agli istituti pubblicistici, per i quali, pure nella loro generalizzazione, rimaneva che il diritto privato se ne deducesse, che, *in genere*, i rapporti fossero giuridici quando e perché si dispongono in attività ordinate nell'organizzazione. In altre parole, Romano non aveva finito di fare i conti con la scienza del diritto pubblico. Egli aveva mutuato la convinzione che, nello stato, il diritto privato riceve le sue caratteristiche dal diritto pubblico, estendendola a tutto lo scoperto della generalità del diritto – tanto il diritto privato è una misura del diritto pubblico, quanto il diritto soggettivo lo è del diritto oggettivo. Ma se si fa una scienza giuridica generale, allora sarà possibile contravvenire a questo ordine di derivazione, scendere nelle istituzioni e osservarvi i rapporti giuridici dare luogo all'organizzazione²²³. Il diritto dei privati, perciò, si dedicava a una fenomenologia delle organizzazioni non meno generale di quella romaniana, ma tale che sapesse avere a che fare con i frangenti determinanti tanto la loro affermazione, quanto la loro conformazione.

²²³ Questo diceva Cesarini Sforza, quando affermava che del celebre brocardo romaniano si dovesse insistere sul versante produttivo: *ubi ius ibi societas*, ovvero: dove ci sono rapporti giuridici, le attività, mettendosi in comune, si ordinano dando luogo all'organizzazione (cfr. *Il diritto dei privati*, cit., p. 22, n. 8).

Che *Il diritto dei privati* contenesse una fenomenologia delle organizzazioni, ne fa una politica della filosofia del diritto, un intervento nella scienza giuridica a seguire dall'individuazione di ciò che le può essere di ostacolo. Cesarini Sforza confrontava l'istituzionalismo romaniano con le sue premesse, dedicandosi a dove esse non erano state svolte in tutto e per tutto. Delle riflessioni filosofiche cesariniane, non solo *Il diritto dei privati* fa parte, ma fa capire come la filosofia del diritto è da collocarsi all'altezza della scienza giuridica generale per provocarne, una volta di nuovo, la possibilità. Se, per definire l'organizzazione, Romano la aveva riferita a una composizione di organi, e aveva riferito l'instaurazione di un'istituzione agli organi che per necessità vi contribuiscono, con ciò non aveva spiegato come quelli venissero a formarsi; perciò era l'ora di indagarlo, o meglio: di gettare i presupposti affinché una tale indagine fosse possibile. Cesarini Sforza forniva, perciò, uno «spaccato della realtà giuridica»²²⁴, che risulta nel progetto di un «diritto delle organizzazioni»²²⁵ per il quale l'organizzazione è «un'unione di più persone caratterizzata dal fatto che queste cooperano *per uno scopo comune*»²²⁶. Tra le organizzazioni, quindi, si possono distinguere le associazioni e le istituzioni: sono associazioni le organizzazioni dove dello scopo si incaricano in comune gli associati; sono istituzioni, invece, le organizzazioni dove dello scopo comune è incaricata un'amministrazione²²⁷. Si capisce meglio la distinzione dicendo che le organizzazioni possono essere (ma non è una distinzione coincidente con la prima): da una parte, «allo stato fluido o diffuso», e, dall'altra, «allo stato solido»²²⁸. I casi sono tre: allo stato fluido, si trovano quelle organizzazioni definite dalla rudimentalità di un interesse circoscritto nello spazio e nel tempo (le file allo sportello); allo stato diffuso, quelle organizzazioni definite dall'idealità di un interesse generico e persistente (i cultori di una materia o disciplina); allo stato solido, le «organizzazioni specializzate»²²⁹.

²²⁴ *Il diritto dei privati*, cit., p. 30 (corsivo nel testo).

²²⁵ *Il diritto dei privati*, cit., p. 35.

²²⁶ *Ibidem* (corsivo nel testo).

²²⁷ Cesarini Sforza toglieva questa distinzione a F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Marghieri e Unione Tipografico Editrice Torinese, Napoli-Torino 1923². Quando parlava di istituzioni, allora, egli non aveva in mente le istituzioni romaniane, che sono qui *in genere* le organizzazioni.

²²⁸ *Il diritto dei privati*, cit., p. 37.

²²⁹ *Il diritto dei privati*, cit., p. 38 (è la prima occorrenza del termine).

Il primo caso è pressappoco irrilevante, e anche la rilevanza del secondo dipende solamente dal passaggio dallo stato diffuso al solido, un passaggio di specializzazione secondo il quale un'organizzazione acquisisce una distinta riconoscibilità²³⁰. «Le organizzazioni specializzate», scriveva Cesarini Sforza, «rientrano nel concetto di *corpo sociale*», vale a dire: ha una distinta riconoscibilità «*qualsiasi unione volontaria di persone (cooperanti per uno scopo comune) retta da un ordinamento autoritario*»²³¹. Si specializza, per Cesarini Sforza, qualsiasi organizzazione che sia perciò giuridica – e è giuridica qualsiasi organizzazione che abbia per caratteri «la volontarietà della formazione e l'autoritarità dell'ordinamento»²³². Per distinguere tra i corpi sociali, tra le organizzazioni, e ritorniamo così alla distinzione di prima, bisogna fare attenzione a come si assegna l'autorità rispetto allo «scopo comune», a quale sia «la volontà di chi governa l'unione»²³³: «l'associazione è un corpo sociale considerato come pura e semplice organizzazione di un interesse interno; l'istituzione è un'associazione che serve a uno scopo esterno, cioè l'organizzazione di un interesse comune alla realizzazione di uno scopo altrui»²³⁴. Che quella cesariniana sia una fenomenologia, è evidente dal fatto che, se egli distingue tra associazioni e istituzioni, la distinzione, tuttavia, serve a mettere in chiaro la struttura delle organizzazioni giuridiche *in genere*. Infatti, nelle organizzazioni troviamo tanto l'associazione, quanto l'istituzione, o meglio: ogni istituzione è un'associazione e ogni associazione ha un'istituzione. Spieghiamoci. Si ha un'organizzazione quando volontà diverse cooperano a uno scopo o interesse comune; sebbene questo scopo o interesse sia comune, però, l'autorità incaricata a perseguirlo può fare parte o meno di quel carattere di *comunità*: se lo scopo o l'interesse è anche il proprio, abbia-

²³⁰ Perché Cesarini Sforza includa il primo caso, non è facile capire. Quando nei *Preliminari sul diritto collettivo*, del 1936, egli distinguerà tra comunità «aperte» e «chiuse» secondo lo stesso passaggio di specializzazione tra organizzazioni «allo stato diffuso» e «allo stato solido» (cfr. *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., p. 114), lo farà espungendo del tutto il caso delle organizzazioni «allo stato fluido». Si può pensare che, se *Il diritto dei privati* le include, sia per ammettere la possibilità che un'organizzazione possa passare dal primo al terzo caso senza transitare dal secondo.

²³¹ *Il diritto dei privati*, cit., p. 47 (corsivo nel testo).

²³² *Ibidem*.

²³³ *Il diritto dei privati*, cit., p. 49.

²³⁴ *Il diritto dei privati*, cit., p. 50 (corsivo nel testo).

mo un'associazione, se è altrui, abbiamo un'istituzione. L'istituzione, perciò, è un *ufficio* che svolge un lavoro²³⁵. Per svolgere quel lavoro, volontà diverse cooperano tra loro: sono un'associazione che ha lo scopo o interesse di portare a termine uno scopo o interesse altrui. D'altra parte, le associazioni vanno distinte dalle società, in quanto queste sono formate da un «rapporto contrattuale» che, come tale, rinvia a «un ordinamento superiore, che oggi, normalmente, è quello dello Stato»²³⁶ (è la logica del negozio giuridico²³⁷). Poiché è formata da un contratto tra soci, in una società vanno a intrecciarsi scopi o interessi diversi, ovvero non si trova una ragione comune del legame societario, siccome le volontà convenute restano inserite in una dinamica concorrenziale: la loro composizione ha una definizione impredicativa, cioè presuppone l'ordinamento che legittima quel che con la costituzione di una società si ottiene. Nelle associazioni, invece, il bisogno di darsi un ordinamento è avvertito per interno, allo stesso modo in cui l'ordinamento sorge alla maniera della specializzazione: per specializzarsi, un'unione volontaria cooperante, un'organizzazione, un corpo sociale, si dà un governo o un'amministrazione – incarica perciò un ufficio, cioè un'istituzione, di svolgere questo lavoro. Da ultimo, quindi, abbiamo che, nelle organizzazioni specializzate, *associazione e istituzione rappresentano l'equilibrio incombente tra volontarietà e autoritarietà*.

²³⁵ Cfr. *Il diritto dei privati*, cit., pp. 51-52. In nota, ovvero dove spesso svolgeva il confronto con opinioni vicine o affini, Cesarini Sforza rimandava all'istituzionalismo hauriouiano (in particolare, al *Précis de droit administratif et de droit public*, arrivato alla sua decima edizione nel 1921 per il Recueil Sirey, a Parigi): un ufficio, scriveva Cesarini Sforza «è un'istituzione in quanto è un organismo di lavoro, un'organizzazione di individui che lavorano per un dato scopo»; «ogni istituzione ha una meta che trascende l'interesse personale di coloro nelle cui opere essa vive» (*Il diritto dei privati*, cit., p. 51, n. 6). Il rimando nello specifico era alla concezione hauriouiana che nell'istituzione si vede l'impresa di individui all'opera per la realizzazione di un'«idea» da compiere: un'organizzazione di lavoro, diceva Cesarini Sforza. Dove egli era lontano da Hauriou, però, era nella distinzione tra associazione e istituzione, nella separazione dei caratteri della volontarietà e dell'autoritarietà dei corpi sociali. «La “fusione” delle volontà – scriveva – è una metafora» (p. 56, n. 15), cioè non c'è passaggio immediato o *soddisfacente* dalla cooperazione al governo, ma quel passaggio, che è la specializzazione delle organizzazioni, va realizzato sempre di nuovo.

²³⁶ *Il diritto dei privati*, cit., p. 60.

²³⁷ «Il corpo sociale (associazione e istituzione)», poiché, e in quanto, le istituzioni sono delle associazioni, «crea il proprio ordinamento; dalla società, invece, un ordinamento è presupposto» (*ibidem*).

Questa la fenomenologia delle organizzazioni di Cesarini Sforza. Essa prospetta, nella loro specializzazione, una vertiginosa composizione, scomposizione e ricomposizione delle organizzazioni in associazioni e istituzioni: i corpi sociali devono la loro affermazione a un concerto delle volontà, ma nella loro conformazione queste volontà non si esauriscono: se le attività sono messe in comune per darsi un ordine, l'organizzazione non ne deriva semplicemente, perché il legame tra associazione e istituzione ha una necessità paradossale – ogni associazione ha un'istituzione, ma questo non la chiude una volta per tutte, perché ogni istituzione è un'associazione, ovvero specializzandosi le organizzazioni non diminuiscono, ma incrementano la varietà dei fenomeni giuridici, dando occasione di ridiscutere dettagli e specifiche di ciascun processo compositivo. Che *Il diritto dei privati* fosse dedicato alle organizzazioni *specializzate*, ha dato, forse, a Romano l'idea di farne un approccio disciplinare particolare ma, in Cesarini Sforza, la specializzazione non era altro che il processo di formazione delle organizzazioni *in genere* in quanto giuridiche. Da qui, la particolarità dello schieramento cesariniano nei dibattiti dell'epoca. L'istituzionalismo era stato criticato per via della sua identificazione (equazione) del diritto con l'organizzazione: se il diritto, si sosteneva, è organizzazione, allora non può essere distinto da un fatto e può essere constatato, ma non spiegato. Da questa critica, Cesarini Sforza non si smarcava nettamente. La concedeva, in un certo senso, precisando però che vale solo se ci si ferma a considerare l'organizzazione nella sua oggettività. Non accettava tuttavia alcune delle rivendicazioni che ne conseguivano. In particolare, non concedeva che, prima delle istituzioni romane, dovesse mettersi la norma, a meno che questa non si riferisse all'ordinalità dei rapporti giuridici, che nella loro soggettività sono le ragioni della formazione di un ordine delle attività disposto in una direzione organizzativa.

Si compie «nell'orizzontalità dei rapporti giuridici»²³⁸ la prestazione singolare del diritto dei privati: «fornire l'infrastruttura del sociale, equipaggiare i collettivi della loro propria dotazione normativa»²³⁹. È una prestazione, questa, resa possibi-

²³⁸ A. SCALONE, *Il concetto di istituzione fra innovazione e continuità. A proposito di alcune pubblicazioni recenti*, in «Nomos», 2020 (3), pp. 1-16, p. 14.

²³⁹ M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Rosenberg & Sellier, Torino 2022, p. 142.

le da una fenomenologia delle organizzazioni che compone ciò che vediamo nella distinzione tra associazioni e istituzioni – e che abbiamo chiamato lo spazio della cooperazione e del comando (l'autorità è un «mezzo di rivelazione giuridica»²⁴⁰).

A Cesarini Sforza, le ragioni della critica a Romano sono state indicate, e sarebbero state in seguito chiarite, dalle sue riflessioni filosofiche. *Il diritto dei privati* va inserito nel percorso di ricerca di un diritto soggettivo *filosofico*, che porti a capire come si debba intervenire nella scienza giuridica. Occorre capire, infatti, che l'organizzazione non può essere l'orizzonte ultimo del diritto perché, se nelle organizzazioni hanno luogo i rapporti giuridici, lo fanno dandogli luogo: nei rapporti giuridici, hanno *espressione* le volontà individuali nel momento della loro *insoddisfazione*, quando la loro individualità non basta e si dovrà «volere l'azione altrui».

Vogliamo concludere questo attraversamento del pensiero cesariniano con un'indagine *speciale*, come si diceva allora. Vogliamo dire una penultima parola, oppure, forse, non vogliamo dire proprio tutto.

Con *Il diritto dei privati*, abbiamo detto, Cesarini Sforza interveniva nella scienza giuridica, e lo faceva portando avanti le sue riflessioni filosofiche. Dall'organizzazione, scendeva collocandosi tra i rapporti giuridici, dove riteneva che fosse il caso di pensare il diritto, non in una composizione di organi, ma di volontà che si affermano, in comune. Che, in un rapporto giuridico, le volontà si possano affermare, in una dialettica di soggettività e oggettività, e che questa dialettica produca diritto secondo il funzionamento del concetto di espressione, è quanto avrebbe argomentato in *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica* – e abbiamo detto pure questo. Su tutto l'ampio spettro dei suoi lavori, poi, dai *Principi filosofici di una nuova teoria del diritto* alle *Avventure del diritto soggettivo*, egli insistette che la filosofia del diritto, se pensa il diritto soggettivo, lo fa riferendosi alla volontà come un «potere». Allora, però, se le organizzazioni sono una composizione di rapporti giuridici, e i rapporti giuridici sono un gioco di affermazioni volontarie, che cosa sarà questo pote-

²⁴⁰ *Il diritto dei privati*, cit., p. 54.

re che le volontà hanno di affermarsi? E chi lo deciderà, la scienza o la filosofia? Anche questo, nella filosofia cesariniana, sarebbe diventato un problema di critica della scienza giuridica (se si vuole, perciò, né scienza, né filosofia) – e anche questo, per Cesarini Sforza, fu l'occasione di un confronto con Romano, che rimaneva la migliore prospettiva di apertura scientifica alle riflessioni filosofiche.

Nella sua *Guida allo studio della filosofia del diritto* (1946), Cesarini Sforza sarebbe ritornato sulla concezione del diritto soggettivo come un potere del singolo, affermando: «qualsiasi manifestazione di volontà che si dirige all'azione altrui è manifestazione di potere, non esercizio di diritto»²⁴¹. Con ciò, egli palesava di stare sorvegliando attentamente, e da tempo, gli sviluppi dell'istituzionalismo romaniano. Di Romano, a Cesarini Sforza interessava la distinzione tra potere e diritto soggettivo, da Romano sostenuta, in molte occasioni, nel corso degli anni venti, trenta e quaranta²⁴². Le occasioni erano state istituzionali, trattati che organizzavano materie generali e che cercavano formule brevi e incisive, preferendole agli affondi e alle ponderazioni. Avrebbero chiarito tutta l'estensione del suo pensiero solamente i *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), nei quali egli trovò il modo di presentare il sottobosco teorico della distinzione introdotta anni addietro²⁴³. Per capire la distinzione romaniana tra potere e diritto soggettivo, possiamo intanto considerare il caso delle *res nullius*, il caso dell'occupazione o appropriazione di una cosa senza proprietario. Per Romano, era fallace attribuire a un soggetto il *diritto* di

²⁴¹ *Guida allo studio della filosofia del diritto*, Edizioni Italiane, Roma 1946, p. 133. Egli aveva operato la distinzione tra *facultas* e *potestas* in “*Ius*” e “*directum*”, cit., ma anche in *Ex facto ius oritur*, cit., pp. 87-88 se ne percepisce il rilievo, sebbene lì la distinzione fosse tra *norma* e *facultas agendi*, con una certa confusione terminologica della quale egli riuscì solo in seguito a sbarazzarsi. Vedi *supra*, pp. 238-240 sulle differenze tra *facultas* e *potestas*, distinzione dalla quale si ottiene la circoscrizione di cosa intendere per «potere della volontà».

²⁴² Cfr. i tanti luoghi dove Romano distinse poteri e diritti soggettivi: S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova 1941⁶ (1926¹), p. 76 e sgg.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova 1937³ (1930¹), p. 139 e sgg.; ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946², p. 106 e sgg. (in tutti questi testi, Romano dimostrava una grande stabilità di opinione, a costo pure di tante ripetizioni). Cfr. quindi la *Guida allo studio della filosofia del diritto*, cit., p. 142, dove Romano viene citato e ne viene riconosciuta l'imprescindibilità in materia.

²⁴³ Cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, voce «Poteri. Potestà», pp. 172-203; e ora Quodlibet, Macerata 2019, pp. 209-242. Citeremo dall'edizione più recente. La voce che ci interessa è datata dal dicembre 1945 al gennaio 1946.

occuparla o appropriarsene; meglio si dovrà dire che ne abbia il *potere*, ovvero può produrre quel rapporto, che quindi darà luogo al suo diritto²⁴⁴.

Com'è evidente, anche se la dicitura potrà spaesare, Cesarini Sforza riusciva a ritrovarsi, tenendo a mente il suo diritto soggettivo filosofico, non tanto nel diritto soggettivo romaniano, bensì nell'istituto del potere che Romano delineava; era anzi nella possibilità di generare una manovra che conduce dal potere al diritto, che Cesarini Sforza considerava importante l'opinione del grande giurista palermitano – era a questo stile di aperture, visibili nella scienza giuridica, che egli credeva di potersi riferire. Non era però sufficiente rimandare a un certo pensiero scientifico, per quanto promettente. Romano, infatti, parlava del potere come di un potere *giuridico*. Questa sua specificità lo faceva discendere dall'ordinamento giuridico²⁴⁵. Si poteva distinguere tra un potere giuridico e un potere di fatto, ma quest'ultimo non aveva rilievo in diritto: «i poteri non esistono se non per disposizione del diritto oggettivo»²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 222: «il diritto di proprietà non è il potere di diventare proprietario» (alle *res nullius* Romano si riferisce cospicuamente, in particolare alle pp. 217, 219, 221, 224, 228 e 235; è un esempio che compariva già nelle sue trattazioni precedenti dell'argomento, sebbene nei *Frammenti* sia particolarmente diffuso).

²⁴⁵ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 76, dove, alla definizione di potere giuridico, «si potrebbe aggiungere, ma [...] anche sottintendere, dato il carattere essenziale del diritto», la clausola «in ordine a beni o interessi [dall'ordinamento giuridico] protetti»; ID., *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 139: «un potere che riguardi attività dal diritto non contemplate è un potere di fatto giuridicamente irrilevante»; ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 107: «Un potere che riguardi attività [dall'ordinamento giuridico] non contemplate è un potere di fatto, giuridicamente irrilevante»; e ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 216, dove ci si riferisce alla «facoltà di fatto», specificando che questa è «giuridicamente irrilevante», e p. 232: «Un potere – che poi non sarebbe neanche esatto designare con questa parola – concernente materie o attività giuridicamente irrilevanti, sarebbe soltanto un potere, o *rectius* una libertà di fatto, dal diritto non vietata, ma neppure considerata lecita o permessa».

²⁴⁶ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 236. Romano si affrettava a aggiungere che ciò valeva «nonostante che ci siano dei casi che apparentemente giustificerebbero l'opinione contraria» (p. 237). L'idea era che i poteri fossero «intrasmisibili» (*ibidem*), cioè un potere si rivolge sempre per diretta all'ordinamento giuridico, non può nascere da un altro potere; «irrinunciabili» (p. 239), cioè un potere non dipende dal suo esercizio, ma dalla sua definizione oggettiva; e «imprescrittibili» (*ibidem*), cioè un potere può decadere, ovvero non essere esercitabile in taluni casi, ma non può prescrivarsi, in quanto

Capiamo meglio approfondendo la distinzione tra potere e diritto soggettivo. I poteri erano, in Romano, i presupposti dei diritti soggettivi. Un soggetto, se ha un potere, ha il potere di entrare in dei rapporti che si svolgeranno secondo il diritto soggettivo che si viene a creare – e che potrà essere attribuito tanto allo stesso soggetto, quanto a un altro, comunque entro la situazione prodotta. Ne viene che qualità del potere è l'astrazione, una genericità che si specifica nel diritto soggettivo, nei rapporti nei quali questo consiste. Allora, scriveva Romano, per quanto riguarda il potere, esso «si svolgerebbe in una direzione o aspetto generico, non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non sarebbe correlativo ad obblighi» mentre «il diritto soggettivo si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti»²⁴⁷.

Che Romano sostenesse che il passaggio dal potere al diritto soggettivo fosse il passaggio dall'astrattezza alla concretezza, spiega perché egli limitasse i poteri alla loro definizione da parte del diritto oggettivo, ovvero dell'ordinamento giuridico. Luogo dei poteri, secondo Romano, è lo spazio generale dove sono definite le specifiche organizzative di un'istituzione. Il potere è un portafoglio di possibilità disponibili, assunta una determinata posizione nell'ordinamento: realizzare queste possibilità significa scendere, dall'astratto, nel concreto di un rapporto – e dare forma a un diritto soggettivo. Per Romano, poi, riferire i poteri, e di conseguenza i diritti soggettivi, al diritto oggettivo, era necessario per evitare le ricadute di qualsiasi diritto naturale, se egli affermava decisamente che «la volontà del soggetto di un potere, come di un diritto, deve intendersi, non in senso naturale, ma in senso giuridico»²⁴⁸. È chiaro che l'alternativa tra un potere di fatto e un potere giuridico fosse quella tra diritto naturale e diritto positivo, ma abbiamo pure tutti gli stru-

ciò comporterebbe la sua perdita, che non può mai avvenire, finché ne è data definizione oggettiva.

²⁴⁷ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 211. Citiamo dai *Frammenti* ma per la stessa opinione, che Romano manteneva già dagli anni venti (parlava di «potestà», ma era un sinonimo di potere), cfr. anche ID., *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 79: «La potestà non ha mai un oggetto specifico»; e ID., *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 140: «La potestà può ricollegarsi a rapporti, ma, in sé e per sé, ne resta fuori; invece il diritto è sempre elemento di un dato rapporto».

²⁴⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 233.

menti per intuire che Cesarini Sforza, ricevendo la distinzione romaniana tra potere e diritto soggettivo, avrebbe insistito che l'alternativa era sbagliata, cioè era un errore relegare i poteri di fatto alla spettanza di una naturalità esterna al diritto²⁴⁹.

Accogliendo il dettato di Romano, Cesarini Sforza avrebbe ripetuto che «al potere giuridico attribuito a un soggetto non può corrispondere direttamente un ob-

²⁴⁹ La distinzione tra i poteri e i diritti era ripetuta da Romano per il diritto internazionale in S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova 1939⁴ (1926¹, 1929², 1933³), p. 140 e sgg.; il diritto internazionale aveva, però, una sua specificità. Ciò vale, in particolare, a collocare precisamente il richiamo romaniano al diritto naturale prendendo in considerazione quelli che egli chiamava i poteri e i diritti fondamentali dei soggetti di diritto internazionale. La loro trattazione ci fa capire che non solo, per Romano, il diritto naturale era riferimento vieto, ove inteso come la discussione delle facoltà che in astratto possono assegnarsi alle persone umane, agli individui in quanto tali, ma anche visti i suoi legami con lo *ius gentium*. La specificità del diritto internazionale è, come è chiaro, che i soggetti di cui vi si tratta non sono soggetti di per sé individuali, ma gli stati o altre formazioni complessive; anche a questi tuttavia si assegnano poteri e diritti, secondo la definizione solita che i primi «sono la stessa capacità in atto, considerata in quei momenti in cui implica una potestà di volere e di agire (non quindi un semplice obbligo)», però «non in un concreto rapporto giuridico, ma in generale» – mentre i secondi «importano una analoga potestà di volere e di agire in un particolare rapporto con dati soggetti o oggetti» (pp. 144-145). Ora, il diritto internazionale è ordinamento giuridico, ma è ordinamento *sui generis*, perché «la costituzione della comunità internazionale», argomentava Romano, «non è autoritaria», e «l'autonomia dei soggetti non solo è molto larga, ma assume una figura tipica». Infatti, «nel diritto internazionale ha rilievo non solo l'autonomia costituita dalle sue norme, ma anche quella interna, che queste non costituiscono, ma riconoscono, anzi tutelano, imponendo l'obbligo internazionale di rispettarla» (pp. 140-141). Bene, che il diritto internazionale non sia autoritario, ha fatto sembrare che i poteri che attribuisce ai soggetti non abbiano una solida base oggettiva, e che perciò non siano giuridici, ma di fatto. Inoltre, che i soggetti godano di una autonomia che si dilunga oltre le specifiche proprie del diritto internazionale, ha portato alla convinzione che esso non sia altro che «convenzionale» (p. 144), ovvero abbia come contenuto solo e soltanto il diritto prodotto dagli accordi tra gli stati. Quindi, si è avuta l'impressione che, siccome gli accordi tra gli stati si svolgono su un piano paritario, non si ha da fornirgli altra cornice dove misurarsi, se non il diritto naturale, che non è sovraordinato ai soggetti, ma è a loro comune. Per Romano, questo era un errore da non commettere. Infatti, affinché possa definire l'autonomia dei soggetti assegnandogli dei poteri, un ordinamento non dev'essere «autoritario», ma basta che sia oggettivo, è sufficiente, cioè, che quei poteri si svolgano nel contesto della sua organizzazione, e che, in quel contesto, possano essere esercitati per creare rapporti giuridici, rendendo il soggetto, che li esercita, titolare di un diritto. Si vede bene come l'organizzazione, qui, sia il diritto oggettivo, una «figura generalissima» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43) che non si tratta di specificare se non secondo logiche ogni volta locali.

bligio di uno o più soggetti»²⁵⁰. Non è il potere che corrisponde a un obbligo, ma il diritto soggettivo, dentro il rapporto giuridico che esercitando un potere può essere prodotto. I rapporti giuridici, perciò, non sussistono indipendentemente dai soggetti che li determinano con le loro azioni. Detto ciò, tuttavia, affinché la scienza giuridica si occupi delle azioni che i singoli intraprendono secondo i poteri che detengono, non serve che lo schema di quelle azioni sia stato definito, ovvero non serve che uno schema preveda le azioni che possono intraprendere:

nel rapporto concreto, il potere s'identifica col momento volitivo preso nella sua immediatezza, cioè come momento creativo di un rapporto giuridico. L'atto di volontà – continuava Cesarini Sforza – non può non sorgere da una situazione di fatto, ma perciò appunto costituisce un *potere di fatto*.²⁵¹

L'istituzionalismo romaniano interessava Cesarini Sforza perché entro le istituzioni era aperto lo spazio della produzione normativa, della partecipazione di un potere soggettivo alla formazione di un ordine delle attività. Egli avrebbe respinto, d'altra parte, la circoscrizione dei poteri ai poteri giuridici. Sceverare i poteri giuridici dai poteri di fatto, richiedeva che si guardasse all'ordine delle attività secondo il criterio di una organizzazione che ne chiude l'ambiente, mentre Cesarini Sforza riteneva che di tale chiusura occorresse dare spiegazione a partire da una considerazione ampia che comprendesse anche i poteri di fatto, ovvero arrivasse alla maggiore estensione dei modi che le volontà hanno di esprimersi.

Sappiamo per certo che Cesarini Sforza ha lavorato con la distinzione romaniana tra poteri e diritti a partire dagli anni trenta²⁵². Nelle sue *Note per una teoria generale degli atti normativi* (1932), egli distingueva gli atti giuridici in atti costitutivi e

²⁵⁰ *Filosofia del diritto*, cit., p. 125.

²⁵¹ *Filosofia del diritto*, cit., p. 126 (corsivo nel testo). Sul potere di fatto, cfr. anche le pp. 96 e 144. Cesarini Sforza sosteneva che, se si considera il rapporto giuridico in astratto, Romano ha ragione, ma non è l'unica prospettiva disponibile, anzi non è la prospettiva che deve assumersi se si vuole che la generalità della scienza giuridica riesca a contemplare i rapporti giuridici, senza fermarsi all'organizzazione nella sua oggettività.

²⁵² Cfr. *Note per una teoria generale degli atti normativi*, in «Annali delle università toscane», 15 (Nuova Serie), 1932 (1), pp. 149-184 (ora in *Vecchie e nuove pagine*, vol. I, cit., da dove citeremo).

esecutivi, a seconda che essi creino, oppure applichino la norma di un rapporto²⁵³. Gli atti costitutivi, che qui ci interessano, e che possono essere tanto le leggi, quanto i negozi²⁵⁴, non presuppongono che chi li agisce goda di un diritto, ovvero chi li agisce non è una parte di un rapporto giuridico: «non è mai la situazione di diritto o di obbligo nella quale un soggetto può trovarsi – scriveva Cesarini Sforza –, che determina la volontà di questi a manifestarsi nell'atto (costitutivo)»; invece, è un «potere di fatto, che si esplica nel mantenersi della volontà in una situazione giuridica, o nell'eventuale suo ritirarsene» – è cioè un «potere di fatto, che si esplica nella creazione di situazioni di diritto»²⁵⁵.

Per Romano, distinguere tra poteri e diritti aveva il senso di indicare la procedura per la quale i rapporti giuridici hanno luogo in una organizzazione: secondo la posizione occupata entro un ordinamento, un soggetto ha poteri pubblici e privati; esercitandoli, produce un rapporto giuridico, assegnandosi un diritto o un obbligo oppure dando modo a altri soggetti di farlo. Invece, Cesarini Sforza dava risalto ai poteri di fatto, in sé e per sé né pubblici, né privati, perché non ne è disponibile una definizione oggettiva esauriente; così facendo, egli insisteva che i rapporti giuridici sono le conseguenze originali di atteggiamenti volontari verso altri soggetti, e che le norme sono il risultato del prodursi di rapporti giuridici: una norma è il sintomo, ogni volta, di come sia stato possibile «volere l'azione altrui». Questa la produzione normativa secondo Cesarini Sforza, e qui la ragione di dire che i rapporti giuridici danno luogo all'organizzazione.

²⁵³ «Per *atto giuridico* si può intendere [...] l'atto di volontà in quanto abbia un significato giuridico, il che avviene in due casi: o perché l'atto volitivo [costitutivo] *pone la norma di un rapporto giuridico*, o perché *attua la norma medesima* [atto esecutivo]» (*Note per una teoria generale degli atti normativi*, cit., p. 450, corsivo nel testo).

²⁵⁴ Che tra gli atti costitutivi troviamo i negozi, ce lo possiamo aspettare, considerata l'impostazione soggettivistica delle riflessioni cesariniane. Che troviamo anche le leggi, forse è meno chiaro. Ma si capisce se si pensa che: (1) le leggi sono intese come «le manifestazioni di volontà di chi è investito di un potere pubblico» (*Note per una teoria generale degli atti giuridici*, cit., p. 452); e che (2) Romano aveva sviluppato la distinzione tra poteri e diritti proprio tenendo conto della posizione di chi occupa un ufficio, ricopre una carica, o svolge una funzione pubblica, posizione che la precedente dottrina non concepiva esattamente, perché aveva fondamento privatistico; cfr. per tutti S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 81-88.

²⁵⁵ *Note per una teoria generale degli atti normativi*, cit., p. 458.

Nella filosofia del diritto cesariniana, l'occasione di confrontarsi con la scienza giuridica non va mai sprecata, anche laddove la tentazione di portare avanti la riflessione filosofica in isolamento è forte, la tentazione, in questo caso, ma è il caso dirimente, di concepire la volontà in universale. D'altra parte, può resistersi, questa tentazione, perché il pensiero scientifico, in tutta la sua autonomia, e lo si vede bene in Romano, offre sempre nuovi spunti alla critica.

Bibliografia

delle opere di W. CESARINI SFORZA (fino al 1967)

Widar Cesarini Sforza nasce a Forlì il 5 settembre 1886.

Si laurea in Giurisprudenza a Parma nel 1908.

1911

Principi filosofici di una nuova teoria del diritto, Pagnini, Pistoia 1911.

1912

Filosofia del diritto e filosofia, Casa editrice del «Cœnobium», Lugano 1912.

Sul contenuto scientifico della storiografia giuridica, in «Il Filangieri», 37, 1912 (5-6), pp. 349-359.

La comune origine spirituale della religione e della scienza, Estratto da «La cultura contemporanea», 4, 1912 (5-6), Libreria Editrice Romana, Roma 1912.

Il modernismo giuridico, in «Il Filangieri», 37, 1912 (5-6), pp. 373-379.

Per la storia delle relazioni fra stato e chiesa nel ducato farnesiano di Parma e Piacenza, in «Archivio storico italiano», 49 (Quinta Serie), 1912, pp. 355-380.

1913

Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale, Società Editrice Libreria, Milano 1913.

Introduzione alla filosofia del diritto, Battei, Parma 1913 (opuscolo).

Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 53, 1913, pp. 41-56.

Nel 1914, ottiene la libera docenza di Filosofia del diritto a Bologna:
 è «abilitato» all'insegnamento universitario.

1914

Intorno alla storia e alla storiografia, in «Archivio storico italiano», 72, 1914 (2), pp. 255-274.

Sull'ufficio bolognese dei "Memoriali" (sec. XIII-XIV), in «L'Archiginnasio», 9 (6), 1914, pp. 379-392.

Sulla possibilità di una scienza giuridica pura, in «Rivista critica di scienze sociali», 32, 1914 (8-9), pp. 410-422.

1915

Appunti sulla politica di Gioberti, Estratto da «Rassegna storica del Risorgimento», 2, 1915 (6), S. Lapi, Città di Castello 1915.

Religione e politica nel pensiero di Gioberti, in «Nuova antologia», settembre-ottobre 1915, pp. 75-92.

Socialismo giobertiano, in «Rivista italiana di sociologia», 19, 1915 (5-6), pp. 568-579.

Filosofia del diritto e filosofia della storia, Cooperativa Tipografica Azzoguidi, Bologna 1915 (opuscolo).

Sulla terminologia della scienza giuridica, in «Rivista italiana di sociologia», 19, 1915 (2), pp. 230-236.

La "Dichiarazione dei diritti" a Bologna, in «L'Archiginnasio», 10, 1915 (3), pp. 101-132.

1916

Il padre Paciaudi e la riforma dell'Università di Parma ai tempi del Du Tillot, in «Archivio storico italiano», 74, 1916 (1), pp. 109-136.

Gli Speranzini di Bologna, in «L'Archiginnasio», 11, 1916 (1), pp. 36-47.

La filosofia del diritto in America, in «Rivista italiana di sociologia», 20, 1916 (2), pp. 212-214.

La filosofia giuridica del Risorgimento, in «Rivista d'Italia», 19, 1916 (2), pp. 753-764.

1917

L'ordinamento degli studi giuridici nell'università di Parma secondo la riforma del 1769, in «Il Filangieri», 42, 1917 (2), pp. 144-152.

Storia e politica. Del preteso "tramonto" del liberalismo, in «Nuova rivista storica», 1, 1917 (3), pp. 518-522.

1918

La filosofia del diritto nelle scuole di giurisprudenza, in «Rivista di filosofia», 10, 1918, pp. 121-125.

Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto, in «Rivista italiana di sociologia», 22, 1918 (3-4), pp. 241-265.

1919

Lo stato dei funzionari, in «Rivista di Milano», 25 (5 novembre 1919), pp. 695-699 (ora in *Vecchie e nuove pagine*, vol. II, con il titolo di *Sindacalismo e crisi dello stato*).

1920

Il giudizio universale, in «Rivista di Milano», 50 (20 novembre 1920), pp. 179-182.

I. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Zanichelli, Bologna 1920³ (curatela e appendice bibliografica).

1921

Norma e sanzione, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1921 (1), pp. 60-67.

Tra il 1922-1928, Cesarini Sforza non pubblica alcuna opera.

Nel 1925, assume l'incarico di direttore presso *il Resto del Carlino*.

A Bologna, tiene corsi di Teoria generale del diritto.

1929

Il diritto dei privati, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4 (Nuova Serie), 1929 (1-2), pp. 43-124.

Lezioni di teoria generale del diritto, CEDAM, Padova 1929 (litografia).

Proprietà ed espropriazione, in «Educazione fascista», 7, 1929 (2), pp. 108-121.

Nel 1930, viene chiamato a Pisa per la cattedra di Filosofia del diritto.

1930

“Ius” e “directum”. Note sull’origine storica dell’idea di diritto, Stabilimenti poligrafici riuniti, Bologna 1930.

Ex facto ius oritur, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, Società Tipografica Modenese, Modena 1930.

Lezioni di teoria generale del diritto, CEDAM, Padova 1930².

Volontà privata e autonomia, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 10, 1930, pp. 125-128.

1931

Arte e scienza giuridica, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 6 (Nuova Serie), 1931 (1), pp. 163-170.

Il sentimento dello stato, in «Educazione fascista», 7, 1931 (10), pp. 634-642.

Hegel, in «Nuova antologia», novembre-dicembre 1931, pp. 197-206.

Corso di diritto corporativo, CEDAM, Padova 1931.

1932

Vincenzo Miceli, in «Archivio di studi corporativi», 3, 1932 (1), pp. 79-94 (ora in *Vecchie e nuove pagine*, vol. II, con il titolo di *Per la storia della filosofia del diritto: Vincenzo Miceli*).

Corporativismo e scienza del diritto, in «Archivio di studi corporativi», 3, 1932 (2), pp. 199-211.

Problemi dominanti nell’odierna filosofia del diritto, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 12, 1932 (2), pp. 188-200.

Note per una teoria generale degli atti giuridici, in «Annali delle università toscane», 15 (Nuova Serie), 1932 (1), pp. 149-184.

1933

Individuo e stato nelle corporazioni, in «Archivio di studi corporativi», 4, 1933 (4), pp. 471-493.

La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo, in «Il Foro Italiano», 58, 1933, pp. 1381-1400.

La giustizia secondo Bergson, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 13, 1933, pp. 567-571.

1934

Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 9 (Nuova Serie), 1934, pp. 98-143.

1935

Studi sul concetto d'interesse generale, in «Archivio di studi corporativi», 6, 1935 (1), pp. 51-65.

Osservazioni sulle fonti corporative del diritto (a proposito delle norme sulla mezzadria), in *Atti del primo congresso di diritto agrario italiano*, Ricci, Firenze 1935.

1936

Corporazioni e consorzi, in «Commercio», 9, 1936 (7), pp. 365-368.

La crisi delle fonti, in «Archivio giuridico», 31 (Quarta Serie), 1936, pp. 18-43.

Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori delle gare, in «Il diritto automobilistico», 2, 1936 (8), p. 231.

Preliminari sul diritto collettivo, in «Archivio di studi corporativi», 7, 1936 (1), pp. 27-45.

Le fonti del diritto italiano considerate nei loro rapporti e nei loro attuali svolgimenti, con particolare riguardo agli organismi collettivi, in «Atti della Società italiana per il progresso delle scienze», 24, 1936 (1), pp. 130-148.

1937

Intorno alla II dichiarazione, in «Archivio di studi corporativi», 8, 1937 (1), pp. 24-31.

Il commercio a dettaglio e la disciplina corporativa, in «Commercio», 10, 1937 (3), pp. 5-8.

L'unità della produzione nella Carta del lavoro, in «Commercio», 10, 1937 (4), pp. 24-26.

Principii economico-giuridici del corporativismo, in «Archivio di studi corporativi», 8, 1937 (3-4), pp. 309-323 (con F. CARLI).

La Camera dei fasci e delle corporazioni, Sansoni, Firenze 1937 (note conclusive).

Libertà contrattuale e ordine corporativo, in «Il diritto del lavoro», 11, 1937, pp. 305-312.

Filosofia del diritto, Vallerini, Pisa 1937 (litografia).

1938

Premessa, in «Archivio di studi corporativi», 9, 1938 (1), pp. 1-2 (curatela del fascicolo).

Proprietà e impresa, in «Archivio di studi corporativi», 9, 1938 (2), pp. 165-177.

Intorno ai "Principii economico-giuridici del corporativismo", in «Archivio di studi corporativi», 9, 1938 (3), pp. 349-355.

Per la storia dei rapporti fra stato e corporazioni, in «Archivio di studi corporativi», 9, 1938 (4), pp. 405-421.

Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi anni, in «Civiltà fascista», 5, 1938 (7), pp. 610-617.

Contratti collettivi di lavoro all'estero, voce del *Nuovo Digesto italiano*, 1938.

Storia della filosofia del diritto in compendio, Vallerini, Pisa 1938 (litografia).

Nel 1939, viene chiamato a Roma per la cattedra di Filosofia del diritto.

1939

Ordinamenti giuridici, voce del *Nuovo Digesto italiano*, 1939.

Risarcimento e sanzione, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, CEDAM, Padova 1939.

Lezioni di filosofia del diritto, Edizioni Universitarie, Roma 1939.

Storia della filosofia del diritto in compendio, Vallerini, Pisa 1939.

Filosofia del diritto, Tip. Panetto e Petrelli, Spoleto 1939.

1940

Il problema dell'autorità, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 20, 1940 (2), pp. 65-89.

Corso di filosofia del diritto, Edizioni Universitarie, Roma 1940.

L'esperienza sociale francese (1936-1939) con una raccolta di testi legislativi ed una nota bibliografica, Sansoni, Firenze 1940 (curatela).

1941

Dal diritto commerciale al diritto professionale, in «Commercio», 19, 1941 (2), pp. 11-12.

Codice civile e Carta del lavoro nella definizione della proprietà, in «Stato e diritto», 2, 1941 (2), pp. 99-106.

Avventure del diritto soggettivo, Estratto dal «Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto della Regia università di Roma», Edizioni Italiane, Roma 1941.

Corso di filosofia del diritto, Edizioni Italiane, Roma 1941 (edizione ridotta).

1942

Le corporazioni e il problema del loro potenziamento, in «Commercio», 20, 1942 (1-2), pp. 11-14.

Proprietà e produzione nell'impresa agraria, in «Rivista di diritto agrario», 21, 1942, pp. 139-155.

Diritto corporativo vecchio e nuovo, in «Archivio di studi corporativi», 13, 1942 (1), pp. 5-21.

Responsabilità e redenzione, in *Il problema dell'azione e le sue diverse concezioni*, Fratelli Bocca, Milano 1942.

Il corporativismo come esperienza giuridica, Giuffrè, Milano 1942.

Corso di filosofia del diritto, Edizioni Universitarie, Roma 1942².

1943

Fatto e diritto, in «Temi Emiliana», 20, 1943 (4), p. 20.

Verso la Carta del diritto, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pacini Mariotti, Pisa 1943.

Collettività e persona, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Giuffrè, Milano 1943.

Corso di filosofia del diritto, Edizioni Universitarie, Roma 1943³.

V. GIOBERTI, *Del rinnovamento civile d'Italia*, Zanichelli, Bologna 1943 (curatela).

Nel 1944, viene deferito alla Commissione per l'epurazione universitaria.

1944

Il doppio volto della storia, in *Il problema della storia*, Fratelli Bocca Editori, Milano 1944.

1945

Crisi della libertà e crisi della legge, in *La crisi dei valori*, Partenia, Roma 1945.

1946

Guida allo studio della filosofia del diritto, Edizioni Italiane, Roma 1946.

1947

Diritto soggettivo, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1 (Terza Serie), 1947 (1), pp. 181-211.

Sui caratteri differenziali dell'impresa agricola, in «Rivista di diritto agrario», 26, 1947 (1), pp. 28-34.

Materialismo storico e tecnica sociale, in *Atti del congresso internazionale di filosofia*, vol. I, Castellani, Milano 1947.

1948

Istituzioni di diritto pubblico, Gismondi, Roma 1948 (con A. DI MARCANTONIO).

1949

Il diritto come arte, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 3 (Terza Serie), 1949 (1-4), pp. 401-407.

1950

Osservazioni sulla scienza giuridica, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4 (Terza Serie), 1950 (1-4), pp. 28-48.

Promessa e giuramento, in *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, CEDAM, Padova 1950.

1951

Diritto del lavoro e diritto sportivo, in «Il diritto del lavoro», 25, 1951, pp. 257-270.

Sul concetto di diritto comune del lavoro, in *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, Edizioni Universitarie di Trieste, Trieste 1951.

Osservazioni sul "De nobilitate legum" di Coluccio Salutati, in *Umanesimo e scienza politica. Atti del primo congresso internazionale di studi umanistici*, Marzorati, Milano 1951.

Politica e diritto, introduzione a S. TOSI, *Il colpo di stato*, Gismondi, Roma 1951.

1952

Inefficacia di accordo economico collettivo non pubblicato, in «Il diritto del lavoro», 26, 1952, pp. 49-53.

1953

Gioele Solari (1872-1952), Estratto da «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 6 (Terza Serie), Giuffrè, Milano 1953.

L'arbitrato nelle controversie individuali del lavoro e plausibilità della motivazione del licenziamento, in «Il diritto del lavoro», 27, 1953, pp. 391-396.

Lavoro giornalistico e albo professionale, in «Il diritto del lavoro», 27, 1953, pp. 3-10.

Verità e diritto, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 30, 1953, pp. 90-93.

1954

La crisi della legge, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 31, 1954 (1), pp. 13-16.

Verità e bugia nella moneta, in «Rivista tecnico-professionale del corpo della Guardia di finanza», 3, 1954, pp. 593-606.

1955

Dalla libertà alla sicurezza, in «Il diritto del lavoro», 29, 1955 (7), pp. 213-221.

Evasione fiscale e psicologia economica, in «Rivista tecnico-professionale del corpo della Guardia di finanza», 4, 1955 (1), pp. 1-12.

La libertà del lavoratore nell'azienda, in *Atti del convegno sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955.

Filosofia del diritto, Giuffrè, Milano 1955.

Nel 1956, lascia l'insegnamento romano per raggiunti limiti d'età.

1956

Giuristi o filosofi?, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 9-10, 1955-1956, pp. 605-613.

Idee e problemi di filosofia giuridica, Giuffrè, Milano 1956.

L'uomo protetto nella società. Il problema visto da un giurista, in «Il diritto del lavoro», 30, 1956, pp. 80-83.

1957

Filosofia del diritto, Giuffrè, Milano 1957².

1958

Sul significato degli imperativi giuridici, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 11-12, 1957-1958 (ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano 1976).

Filosofia del diritto, Giuffrè, Milano 1958³.

Alterum non laedere (problema filosofico), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano 1958, pp. 96-98.

Commemorazione dei soci Gioele Solari, Giuseppe Capograssi, Adolfo Ravà, in «Rendiconti della classe di scienze morali, storiche e filologiche», 13, 1958 (3-4), pp. 166-175, Accademia nazionale dei Lincei (ora in *Vecchie e nuove pagine*, vol. I, con il titolo di *Tre filosofi del diritto*).

Il potere costituente nella Repubblica italiana, in *Studi sulla costituzione*, vol. II, Giuffrè, Milano 1958.

A. RAVÀ, *Scritti minori di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1958 (curatela).

1959

Sulla relatività dei concetti giuridici, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 36, 1959 (1), pp. 1-7.

Regola, norma e struttura sociale, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 36, 1959 (6), pp. 673-681.

1960

Norma giuridica e struttura sociale, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 37, 1960, pp. 127-131.

Il matrimonio, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. I, UTET, Torino 1960.

Il diritto e il torto, ERI, Torino 1960.

1961

Il problema della giustizia, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 38, 1961 (1), pp. 45-54.

Diritto e storia, in *Scritti vari di filosofia del diritto, raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio Del Vecchio*, Giuffrè, Milano 1961.

Sull'interpretazione giudiziale, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Giuffrè, Milano 1961.

Lo stato di diritto e le istanze sociali, in *Aspetti costituzionali e legislativi dell'intervento dello stato nell'economia. Atti del congresso del Centro di studi politici e costituzionali*, Edizioni del Centro di studi politici e costituzionali, Roma 1961.

Filosofia del derecho, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961 (traduzione castigliana di *Filosofia del diritto*, 1958³).

1962

- Corporativismo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano 1962, pp. 664-669.
- Dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in «Archivio giuridico», 31 (Sesta Serie), 1962 (1-2), pp. 3-13.

1963

- La filosofia del diritto come scienza filosofica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 40, 1963 (2), pp. 131-137.
- Sul concetto di obbligo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 40, 1963 (4-5), pp. 431-445.
- Cristianesimo e comunismo*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1963.
- Una concezione realistica del diritto*, introduzione a R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Sansoni, Firenze 1963.
- Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano 1963.

1964

- Diritto (principio e concetto)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 630-647.
- Diritto soggettivo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 659-696.
- La riforma universitaria e la filosofia del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 41, 1964, pp. 421-424.
- Gli interessi collettivi e la Costituzione*, in «Il diritto del lavoro», 38, 1964 (2), pp. 47-54.

1965

- Difesa del positivismo giuridico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42, 1965, pp. 323-324.
- Riforma universitaria e filosofia del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42, 1965, pp. 354-355.

Widar Cesarini Sforza muore a Roma il 18 novembre 1965.

1966

Rechtsphilosophie, Beck, Monaco 1966 (traduzione tedesca di *Filosofia del diritto*, 1958³).

1967

Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia, diritto, 2 voll., Giuffrè, Milano 1967:

— vol. I, *Filosofia e teoria generale*;

— vol. II, *Ricerche storiche e questioni giuridiche*.

M. HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano 1967 (appunti di una introduzione, trascritti da Alessandro Baratta, e traduzione).