

Cosa resta dell'istituzionalismo giuridico?

1. Una breve premessa

Recenti studi hanno riportato alla ribalta alcuni degli aspetti più rilevanti di quello che generalmente viene definito come l'istituzionalismo giuridico [1]. Ciò è avvenuto secondo un'ottica che ha ricercato più le ragioni della sua affermazione e persistenza che non quelle delle sue debolezze o contraddizioni. Analisi accurate e intense, risalenti agli anni settanta e ottanta del '900, avevano già condotto a un completo riesame delle motivazioni ed esigenze dell'istituzionalismo; ne era emersa in particolare un'indagine a tutto tondo anche su un personaggio come Santi Romano che rimane un autore cruciale ancora da sondare nel profondo. Il quadro è composito e multiforme e credo che in futuro sarà ancora più variegato. La tendenza interpretativa di qualche decennio fa si era soprattutto preoccupata di analizzare la struttura interna di una dottrina, decifrandone le linee guida, le argomentazioni e quindi le eventuali aporie. Oggi forse, a differenza del recente passato, viene più apprezzata non tanto la organicità e coerenza complessiva di una dottrina, quanto la sua capacità dinamica di costituire un "modello" che sia fondato, credibile e utilizzabile dinanzi alle variabili dell'esperienza. Ma questo modello non viene mai esaltato o enfatizzato; rimane pur sempre uno strumento, apprezzabile ma parziale. E non deve cadere, proprio per essere fruibile, in quel pericolo – tipico delle dottrine soprattutto giuridiche – che è il delirio di onnipotenza e di esclusività. La mia non vuole essere affatto una difesa d'ufficio dell'istituzionalismo, su cui non mancano freschi e intelligenti appunti critici [2]. Vuole essere solo un richiamo a capire le ragioni di un riaffiorante interesse per un movimento che non molti lustri fa un apprezzato studioso poteva definire come "un concetto ormai inutile" [3]. Questa rinnovata fortuna, che non è solo nazionale, nasce per ironia della sorte da quelle stesse caratteristiche che, intorno al 1960, venivano viste da un critico severo come Bobbio i limiti stessi dell'istituzionalismo, nei confronti delle dottrine normativistiche cui si sarebbero dovute contrapporre: l'assenza di un solido impianto argomentativo, la latenza di un impianto filosofico di supporto, una commistione impura tra metodo e oggetto d'indagine. Scopo del presente saggio è quindi quello di capire le ragioni di una fortuna, il senso di una sua diversa e più attuale lettura. Proprio per evitare malintesi terminologici e metodologici, non mi occuperò, se non marginalmente, di quello che viene definito come il "neoistituzionalismo" giuridico. Si tratta di un movimento che poco ha da spartire con il vecchio istituzionalismo anche se a questo in qualche modo vuole ispirarsi.

2. Significati diversi dell'istituzionalismo giuridico.

Un tentativo particolare, da parte di alcune correnti della scienza giuridica, è stato quello di ricondurre la genesi o il fondamento del diritto non solo a un momento formale e concettuale di esso, ma a un momento prevalentemente organizzativo, connesso alla stessa attività della società che, nel suo svolgersi, crea atti, procedimenti, situazioni che si mostrano rilevanti per il diritto. La ricerca del come si manifesta e si sviluppa il fenomeno giuridico, l'analisi delle strutture giuridiche legate alle forme di socialità – da quelle più semplici a quelle più complesse – caratterizzano, a vario titolo, tutte le cosiddette teorie "istituzionaliste" (e che alcuni definiscono istituzioniste) del diritto.

Con tale espressione si possono intendere, come dirò meglio, concezioni molto diverse per contenuto e metodo. Autori come i francesi Hauriou, Renard, Delos, Gurvitch (solo per alcuni aspetti definibile come istituzionalista), gli italiani Romano, Cesarini Sforza (qui l'istituzionalismo è limitato ad una sola fase del suo pensiero), Mortati e molti altri hanno infatti sviluppato, a volte in modo del tutto autonomo e personale, le proprie interpretazioni, partendo da alcune di quelle che possiamo riconoscere come le comuni esigenze e istanze dell'istituzionalismo. Esse si risolvono prevalentemente ma non esclusivamente nei seguenti momenti: a– l'inevitabile momento formale del diritto (l'importanza del quale spesso non viene messa in discussione) viene collegato ai presupposti organizzativi o empirici da cui trae alimento; b– viene riconosciuta spesso la capacità di creare diritto a tutti i gruppi sociali organizzati e insieme viene posta una maggiore attenzione alle implicazioni dialettiche che legano la società al diritto; c– è particolarmente valorizzata l'autonomia del concetto di diritto rispetto a quello di Stato che viene pertanto inteso solo come "uno" – anche se il più complesso – dei possibili luoghi di manifestazione del diritto. Poiché il problema di fondo, per gli istituzionalisti, è sempre quello di ancorare in qualche modo gli aspetti prescrittivi delle norme – che molti di loro non rifiutano – ad attività e situazioni (che possono essere storiche, politiche, fattuali), rimane sullo sfondo un problema che sembra quasi connaturato a quelle concezioni: il pericolo latente di confondere o sovrapporre gli aspetti descrittivi e gli aspetti prescrittivi nel diritto o, con parole più semplici, trascurare la distinzione tra il come si vengono a manifestare i fenomeni giuridici e le caratteristiche che quell'insieme di fenomeni deve avere per poter essere qualificato come giuridico. Questo problema, vera e propria spada di Damocle del giurista, si lega all'altro che emerge quando si fa riferimento, come spesso si verifica per alcuni istituzionalisti, al significato e al ruolo rilevante dell'ordinamento giuridico. Su questo tema, vastissimo è stato il dibattito, specie in Italia, nella cultura giuridica. Dirò solo, per necessità di sintesi, che due concezioni si contrappongono. Per la prima, definibile come intrinseca, l'ordinamento è un'unità reale ed effettiva, un fatto che come tale si autogiustifica e che è compito del giurista descrivere. Per la seconda, definibile come estrinseca, l'ordinamento non è una realtà data ma solo un modello, uno dei tanti modelli cui prima ho fatto cenno, un'astrazione o un modo di intendere o di vedere alcuni aspetti dell'esperienza giuridica, inserendola in alcune griglie interpretative [4]. Il concetto di "istituzione" è stato utilizzato, come è noto, in discipline e contesti molto diversi quali: l'economia, la sociologia, l'antropologia, la linguistica, la scienza politica, per ricordarne solo alcuni. Tutto questo, se da un lato è il sintomo di una sua perdurante vivezza, dall'altro influisce sulla sua precisione d'uso. Se si pensa che, pur volendo

rimanere nell'ambito giuridico, la sua utilizzazione è molteplice, spesso non univoca anche semanticamente, è difficile non solo analizzarne le varianti ma è forse del tutto fuorviante. Giuseppe Lorini [5] ha recentemente proposto una classificazione dell'istituzionalismo giuridico secondo tre gruppi di teorie, cui corrisponderebbero anche tre sensi diversi di istituzione. 1) La concezione istituzionalista per antonomasia è quella di Maurice Hauriou e di Santi Romano. Da Hauriou l'istituzione è concepita come «un'idea d'opera o di impresa che si realizza e dura in un ambiente sociale»; da Romano è vista non come un principio astratto, un'esigenza razionale, ma come un «ente sociale» reale ed effettivo. 2) La teoria dell'istituzionalismo giuridico considera invece il diritto non come insieme di norme e di ordinamenti, ma soprattutto di istituti giuridici, che sono concepiti: o come una sorta di azioni coordinate, che costituiscono un «equilibrio tipico e costante di finalità che si fissano in un complesso di mezzi» oppure come costruzioni giuridiche. Il primo significato è quello presente nelle concezioni di Cesare Goretta, il secondo si rintraccia nei lavori del filosofo del diritto francese Jean Ray. 3) Una terza concezione del diritto come istituzione, e che viene qualificata come "neoistituzionalismo giuridico", concepisce l'istituzione come dimensione di possibilità di una specie particolare di fatti che vengono indicati come "fatti istituzionali" e che non sono altro che fatti condizionati da regole; tale impostazione, diversa dalle precedenti due e non incompatibile con una visione normativistica del diritto, è presente nei lavori di Neil MacCormick e di Ota Weinberger. Alcuni degli scritti di questi autori sono apparsi in un lavoro pubblicato in Italia e intitolato Il diritto come istituzione [6] che ha fornito alla cultura filosofico giuridica italiana, durante l'ultimo decennio, l'occasione di un ulteriore approfondimento critico su tali temi. 3. Caratteristiche dell'istituzionalismo La classificazione di Lorini è da considerare solo come un tentativo per riuscire a descrivere e intendere cose tra loro molto diverse, della quale situazione è lo stesso Lorini ad avvedersi. Se si dovesse procedere in realtà anche a una sommaria ricognizione di tutti i vari usi linguistici del lemma "istituzione", tra le più conosciute dottrine istituzionaliste troveremmo utilizzazioni niente affatto omogenee, sia sotto il profilo contenutistico sia sotto quello del loro svolgimento storico. Si è giunti a distinguere vecchio e nuovo istituzionalismo [7]. In realtà, per fare solo esempi veloci, Romano si ispira a un senso di istituzione quale si era andato formando nel linguaggio canonistico [8], travasato parzialmente anche nei provvedimenti legislativi e amministrativi dell'Italia ottocentesca post-unitaria, Gurvitch fa riferimento al concetto di istituzione della sociologia di Durkheim, Renard a quello della tradizione della filosofia giuridica di S. Tommaso [9], Hauriou, a partire dai primi scritti sull'istituzione del 1906, alla tradizione della giurisprudenza amministrativa francese. Molti autori parlano di istituzione senza giungere a una teoria dell'ordinamento giuridico e del sistema giuridico, altri giungono a una identificazione – come fa Romano – tra istituzione e ordinamento giuridico. Ed ancora alcuni (scuola del diritto pubblico tedesco ottocentesco) hanno concepito l'istituzione come funzionale a rappresentare un centro di interessi pubblici, altri l'hanno inserita nella contrapposizione tra comunità, corpi sociali e apparati coercitivi statali. Le classificazioni e distinzioni potrebbero crescere a dismisura anche tenendo conto del fatto che molte tesi istituzionaliste hanno avuto un esclusivo rilievo per la filosofia e la sociologia e non possono essere applicate, se non a costo di forzature, alle scienze giuridiche. C'è inoltre da tenere presente che il concetto stesso di istituzione si è ulteriormente dilatato, rispetto a sessanta e più anni orsono, ed è divenuto d'uso corrente in contesti lontani da quelli propri del linguaggio giuridico o politico amministrativo. Si pensi ad alcune figure dell'associazionismo [10], del volontariato, dei gruppi di pressione, di categorie professionali le più diverse, di movimenti sorti a difesa o tutela di interessi economici, giuridici, politici, sociali, anche ideologici, dove si fa un generico riferimento all'espressione: istituzione o istituzioni. Nell'analizzare le diverse concezioni istituzionaliste del diritto, troviamo, quindi, in esse ispirazioni non solo di segno diverso – cosa del tutto naturale – ma concezioni e metodi tra di loro molto distanti. Si è così potuto definire istituzionalista chi, di volta in volta, si è proclamato positivista, o giusnaturalista, o sociologo, o giurista realista; il che indica come sia difficile schematizzare anche le metodiche utilizzate oltre che gli esiti raggiunti. Non intendo elencare tutte le possibili connotazioni presenti nel modello istituzionalista del pensiero giuridico contem-poraneo. Preferisco, attraverso un diretto riferimento al pensiero di quegli autori che sono rappresentativi di tali concezioni, indicare alcune caratteristiche che è possibile riconoscere come istituzionaliste. C'è qualcosa che accomuna, malgrado le diversità, tutti i più rappresentativi esponenti delle concezioni istituzionaliste, a vario titolo. Essi: 1- rifiutano una concezione che sia unicamente strutturale e formale del diritto, spesso assimilata al riduzionismo normativista, o che sia incentrata sull'idea esclusiva di comando; 2- ricollegano la genesi e la formazione del diritto a un momento anteriore alla sua formalizzazione e che è caratterizzato dal dispiegarsi di valori e attività giuridiche e dalla rilevanza assunta dall'organizzazione giuridica all'interno delle forze sociali; 3- rompono il nesso indissolubile e il rapporto di causalità tra Stato e diritto che erano propri di un certo positivismo giuridico, soprattutto di matrice statualista; 4- valorizzano alcune fonti di produzione normativa come la consuetudine, gli usi, la prassi amministrativa e giudiziaria rispetto a un diritto esclusivamente codificato; 5- rivolgono l'attenzione più a quelle norme che la dogmatica giuridica ha qualificato, per usare un'espressione un tempo molto in voga, come norme di organizzazione che non alle cosiddette norme di comportamento [11]. Da qui l'importanza che l'istituzionalismo giuridico ha rappresentato anche per il diritto pubblico in genere, e per il diritto amministrativo in particolare; 6- fanno riferimento a discipline quali il diritto internazionale, il diritto canonico, il diritto del lavoro, che per tradizione culturale guardano a norme e fonti produttive di effetti giuridici diverse e più autonome rispetto alle fonti normative statuali; 7- sviluppano uno schema che, vedendo nelle costruzioni concettuali del diritto privato una sorta di retaggio di concezioni individualistiche, tenta di introdurre modelli alternativi dove assume rilievo il diritto pubblico. Non sono mancati comunque già in passato, come dirò, tentativi istituzionalisti che hanno cercato di superare la contrapposizione pubblico – privato (cfr. Cesarini Sforza); 8- nell'ambito della teoria del diritto hanno fatto emergere e hanno delineato i profili di concetti giuridici come istituto, istituzione, organizzazione, ordinamento, atto complesso, fatto normativo. Le dottrine istituzionaliste nel loro sviluppo si sono confrontate, anche dialetticamente, con altre concezioni del Novecento quali: il

realismo americano e scandinavo, le dottrine giuridiche decisioniste, la sociologia giuridica, le teorie del rapporto giuridico e quelle cosiddette relazionali. Emerge, in un quadro tanto complesso, il tentativo non tanto di contrapporre il concetto di norma a quello di istituzione – come banalmente si potrebbe intendere – quanto l'intenzione di evidenziare il pluralismo delle fonti normative e la natura delle sempre diverse manifestazioni giuridiche che la società in trasformazione ci presenta, in confronto anche alla consolidata rigidità di alcune scelte metodologiche adottate dalla scienza giuridica più tradizionalista (penso in particolare alla concezione che ha visto nel diritto esclusivamente l'idea del comando). Ciò spinge inevitabilmente a estendere la qualificazione di giuridico anche ai momenti delle relazioni tra soggetti e gruppi sociali, dove si costituiscono, si affermano o si consolidano principi di regolamentazione, istanze di procedure, valori culturali che il diritto, nella fase di formalizzazione codificatoria, successivamente riconosce e garantisce. Del resto già Hermann Kantorowicz nell'ultimo suo saggio *La definizione del diritto* (pp. 56-57) si era chiaramente espresso, pur richiamandosi alla netta separazione tra fatti e valori, sulla circostanza che è difficile individuare una società che sia, per quanto primitiva, completamente priva di diritto e di alcune nozioni giuridiche e che solo un arbitrario collegamento tra diritto e Stato aveva portato spesso a escludere, dalla competenza del giurista, diritti come il diritto canonico e il diritto consuetudinario. Kantorowicz non mancava di tessere le lodi di alcune concezioni antiformaliste italiane. «È un merito del Croce e di altri filosofi italiani – aveva apertamente affermato – l'aver insistito nell'accogliere come diritto perfino le norme di una società proibita dallo Stato» [12]. In alcuni modelli delle dottrine istituzionaliste, lo ripeto, possiamo avere concezioni nel fondo diverse che possono apparire – faccio solo alcuni esempi – conservatrici [13] come quelle di Romano, giusnaturaliste come quelle di Renard, socialiste e libertarie come quelle di Gurvitch. Si può ben dire che tutte comunque intendono, con diversa sensibilità, rappresentare e descrivere l'emergere di nuovi soggetti giuridici, di nuove forme contrattuali e organizzative, di nuovi principi giuridici cui ispirarsi.

4. Un apporto filosofico alle teorie istituzionaliste Spesso è stato posto l'accento sul confronto dell'istituzionalismo giuridico con alcune delle più note teorie sociologiche. Penso in particolare al rapporto tra Hauriou e certe intuizioni di Durkheim o al conflitto dialettico di Gurvitch nei confronti di Parsons. Questo rapporto dai giuristi è stato visto come un forte limite dell'istituzionalismo, dai filosofi come un indelebile marchio da cancellare. Intendo allora accennare al ruolo e alle suggestioni che un pensatore lontano dalla sociologia e anche dalle correnti istituzionalistiche come Nicolai Hartmann ha potuto offrire alle teorie giuridiche istituzionaliste. Malgrado che queste, ad eccezione di Gurvitch, abbiano ignorato del tutto Hartmann si forma, come è noto, all'interno del neokantismo della scuola di Marburgo. Studia con Cohen e con Natorp cui succede nella cattedra nel 1922. Oltre che amico di Kelsen, ne sarà collega all'Università di Colonia; studierà con attenzione i risvolti filosofici della dottrina pura del diritto e sarà, per così dire, un critico interno del concetto di validità kelseniana. A distanza di più di mezzo secolo dalla sua scomparsa, la figura di Hartmann, dopo qualche decennio di leggero appannamento, è tornata in realtà ad essere uno degli snodi fondamentali per capire la nascita e lo sviluppo di molte correnti del pensiero contemporaneo: il neokantismo, l'ontologia critica, la fenomenologia, l'esistenzialismo [14]. L'Etica può essere considerata una delle voci più alte della cultura filosofica del Novecento. Alterna pagine di difficile o complessa lettura ad altre in cui il discorso acquista un tono e una dignità sapienziale. Soprattutto nel secondo volume dedicato alla Assiologia dei costumi, i temi del diritto e della società organizzata giuridicamente sono percepiti nella loro complessità, sono visti all'interno del processo di individuazione e qualificazione dei valori. Il discorso di Hartmann cerca comunque di spazzare antichi e consolidati luoghi comuni, soprattutto quelle tradizioni filosofiche ridotte a schemi e a preconcetti. Contro l'esaltazione del valore globalizzante della totalità (ampiamente applicato anche nel linguaggio del diritto, si pensi ad esempio al significato di ordinamento, di persona giuridica, di organo, di istituzione, ecc.), egli si richiama al significato che spesso si assegna alla presunta opposizione tra due concetti come totalità e individuo. Prima di procedere ad un loro esame analitico, Hartmann vuole individuare il rapporto che li lega a concetti consimili. «L'universalità è l'intera uguaglianza dei casi, la totalità è invece il loro essere congiunti in una più grande unità» [15]. Mentre la prima è una coincidenza qualitativa, la seconda assume il significato di unione quantitativa numerica di casi nel loro concreto rapporto ontico, senza che si badi all'uguaglianza o alla disuguaglianza. La totalità è soprattutto «abbracciamento concreto», unità non comparativa ma comprensiva. Analogamente, solo in apparenza possono essere confusi individualità e individuo; «l'individualità è la unicità del caso; l'individuo al contrario è il caso stesso, indipendentemente dal fatto se esso sia simile o dissimile rispetto ad altri casi» [16]. Un individuo resta tale anche se posso inserirlo in un ambito universale; ma è del tutto indifferente all'uniformità e allo schematismo dell'universale. In questa chiara distinzione, Hartmann vuole però spingerci quasi al paradosso; infatti se noi consideriamo il rapporto che lega un individuo con gli altri individui, possiamo avvederci di un fatto, cioè che gli altri «individui non sono appunto ripetizioni dell'uno, ma egualmente originari essere singoli, singolarità ontologicamente altrettanto essenziali» [17]. L'essere individuo non indica quindi individualità, ossia unicità; ma è comune a tutti, rappresenta il segno di una uguaglianza di principio e di universalità. È allora la totalità ad apparire come unica e individuale, mentre l'individuo è in qualche modo «universale e indifferente a ogni individuazione contenutiva». Secondo consolidate concezioni, i grandi compiti morali – argomenta Hartmann – sono spesso riconosciuti solo in relazione all'idea di totalità (l'essere comune giuridico, le conquiste delle civiltà, il sistema sociale, ecc.). In essa si respira l'idea di una vita più ampia e complessa rispetto a quella degli individui. È alla comunità che si attribuisce, o si tenta in vario modo di riconoscere, il supremo valore etico che va dall'ordine giuridico sino ai più alti ideali della cultura. La totalità diviene allora come la portatrice morale di valori, è la «sostanza nella quale si perseguono i fini lontani e i compiti di maggior respiro dell'uomo». Il singolo collabora a tali compiti, subordina se stesso, riconoscendo la loro superiorità e facendo di sé un mezzo "cosciente" per la loro realizzazione. L'organizzazione sociale, di qualunque genere e grado, acquista un suo valore autonomo e ideale, quasi estraneo alle figure che le hanno dato vita; è forse definibile come «qualcosa la cui realizzazione, pur nel più

unilaterale degli sfiguramenti, è ancora fornita di valore, perché la sua negazione è lo scatenamento del privato egoismo» [18]. Tutt'altro problema è in realtà vedere quali siano effettivamente i valori più elevati e quali siano i limiti della loro realizzabilità. Contro le filosofie che esaltano la comunità come valore esclusivo e assoluto, contro il loro significato totalizzante, il pensiero di Hartmann si muove con circospezione ma con fermezza alla ricerca di antinomie e di correlazioni. Nei confronti del valore dell'individuo spesso – egli osserva – si è mossa l'antica morale della totalità; eppure la totalità non può essere considerata come fornita di personalità nel pieno senso della parola. «Essere persona significa essere soggetto, essere consapevole, con tutti gli atti e i contenuti più diversi che gli sono propri» [19]. Solo l'individuo li possiede; ne discende che i valori più elevati che possono essere realizzati nella comunità non sono della comunità ma degli individui. Certi tipi di valore, come l'idea dell'ordinamento giuridico e dell'ordinamento statale, riguardano certamente l'essere comune e non l'individuo che vi prende parte; ma i valori morali, com'è il valore che spinge verso la comunità, è proprio dell'essere singolo. Non viene qui contestato il diritto della morale della comunità, viene solo riaffermato un «diritto profondamente fondato dell'etica individuale contro l'orientamento unilaterale della pura etica della comunità» [20]. Nella concreta esperienza, ambedue le concezioni appaiono ad Hartmann, a loro modo, tiranniche ed esclusive: 1. L'individuo, dal punto di vista della totalità, sembra avere natura «fugace ed effimera»; appare e scompare nella vita della totalità, è nella sua ombra, e perviene a grandezza storica solo se ne asseconda, promuove, o al limite ostacola il processo storico. Si viene così a realizzare il fatto che la comunità mostra di tollerare solo gli individui che possano corrispondere ai suoi scopi; al contrario «respinge gli inservibili, li bolla come delinquenti, li annienta nella sua giurisdizione orientata alla vita della totalità, o ne neutralizza la pericolosità» [21]. 2. A questa etica sociale si contrappone una visione che concepisce l'individuo come colui che riesce a perseguire fini e scopi propri; la comunità deve essere il mezzo per il raggiungimento di questi scopi, è in funzione di essi, assicurando un ordine e una struttura associata solo in relazione alla vita privata e individuale. Se la totalità tollera gli individui che si adattano ad essa, l'individuo rifiuta una totalità di cui non possa servirsi, quasi persuaso che la grandezza umana non risiede nella massa [22] ma solo nel pervenire a «una misura di valore più elevata di quella comune». Le due teorie cadono nell'errore pericoloso dell'astrazione e della unilateralità. «La supremazia dell'uno come dell'altro valore fondamentale è usurpazione» [23]. La totalità esiste solo in astratto e deve quindi lasciare all'individuo i valori che gli sono propri; in caso contrario annulla se stessa. Il tutto (la totalità) non può infatti considerarsi come scopo primario e unico, sino a quando non si avveda di essere nello stesso istante anche un mezzo della parte (individuo). L'individualismo assoluto è anch'esso manifestazione di astrazione: vi si nasconde la falsa pretesa di essere considerato come un unico isolato. È facile vedere come l'uomo, al contrario, sia parte della più complessa e articolata vita comunitaria. «Egli è nato dentro di essa, attinge da essa i beni comuni; attraverso l'eredità, l'impercettibile adattamento, l'educazione, si inserisce sempre più nelle già approntate forme di vita, che egli non creò, partecipa dell'essere comune, della formazione e della cultura, della concezione della vita e del mondo» [24]. C'è in Hartmann un ripetuto e costante richiamo al significato della vita comunitaria, che in alcune sue opere, l'ho accennato, è analizzata alla luce di molteplici aspetti: l'arte, il diritto, la politica, anche i modi di vita. Ma c'è un senso più profondo di adesione emotiva e simpatetica al ruolo che la tradizione, l'appartenenza, il legame culturale e genetico ricopre per l'individuo, anche il più oscuro e solitario; il che fa pensare alla influenza di elementi esistenziali che, con il passare degli anni, troveranno nel suo pensiero un più compiuto e definitivo posto, sovrapponendosi alle primitive istanze neokantiane e ontologiche. Ho in precedenza accennato al fatto che Hartmann considera la forza del diritto non solo ancorata al rapporto norma, violazione, destinatario; ma soprattutto come elemento di difesa e sicurezza sociale. In tal senso si avvicina a quanto è presente anche nel pensiero di molti istituzionalisti. Significative al riguardo possono essere considerate le affermazioni che si possono rinvenire in autori come Gurvitch, Renard e Romano; di quest'ultimo anticipo un'osservazione che segnalo per la sua esemplare chiarezza ed espressività: «Il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare certi fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli. Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso; è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione, ora sopraordinata ora subordinata a quella di altri, cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti [25]». C'è indubbiamente in Romano la presenza tangibile di una concezione del diritto proiettata a riconoscere anche gli aspetti etico sociali oltre che quelli tecnici. Sembra quasi che la ferma presenza del diritto, la sua rilevanza, si estenda ai margini dell'orizzonte del dover essere, a soccorrere la finitezza umana attraverso l'apporto dell'organizzato e del consolidato [26]. A Romano, in momenti diversi ma ricorrenti, è stato rimproverato di voler dilatare oltre ogni misura il diritto (l'accusa di pangirudicismo era stata formulata anche nei confronti di Kelsen). A me sembra che nelle sue opere, anche se sporadicamente, si può scorgere una visione che vuole far emergere anche il ruolo di supporto che il diritto gioca dinanzi alle solitudini e incertezze dell'uomo. 5. Universalità e singolarità Di fronte a un'antinomia che sembra irresolubile – non perché storicamente realizzatasi ma in quanto ontologicamente presente nell'uomo – Hartmann non tenta un suo superamento appagante, come in qualche modo hanno tentato alcuni esponenti dell'idealismo storicista [27]. Proprio il reciproco condizionamento teleologico tra individuo e totalità dimostra come questi siano connessi da un punto di vista ontologico e, nella concreta esperienza, pur nella opposizione, «il vincolo degli elementi è sempre più forte del loro divergere». Ma non si tratta qui di giungere alla soluzione dell'antinomia, quanto di prenderne atto; il rapporto antinomico viene a realizzarsi nelle materie stesse, è tutto interno a quella continuità di valori che «si estende tra gli estremi». Il gioco sembra affidato solo «all'orientamento concreto dei compiti vitali, di fronte ai quali questa antinomia pone l'uomo» [28]. La vita precipita l'uomo spesso dinanzi a decisioni continuamente nuove, data l'infinita molteplicità delle situazioni. Ed è questo – afferma Hartmann – che fornisce valore al dispiegarsi della vita morale. La tensione tra

valori in conflitto diventa allora «il più forte stimolo interiore dell'umano produrre, dell'impegno, dell'umana capacità di responsabilità» [29]. Le considerazioni di Hartmann credo che possano rappresentare un aiuto prezioso anche nell'ambito della scienza giuridica, dinanzi ai dubbi che quotidianamente qui si presentano sul problema del metodo e sulla natura stessa del diritto, su quella idea cardine della norma come un dover essere generale e sulla consapevolezza, sempre più avvertita, che ogni giudizio ha in sé i caratteri dell'individualizzante e dell'irripetibile [30]. L'etica del Novecento, di cui Hartmann è stato uno dei protagonisti più sensibili, ha ben colto i rischi e le aporie delle complesse costruzioni ottocentesche, sia metafisiche sia idealistiche, apparentemente inattaccabili e granitiche ma impotenti a dare risposte giuste a quesiti nuovi. La posizione di Hartmann evidenzia, d'altra parte, un atteggiamento che richiama alcuni modelli, come quelli istituzionalisti, che almeno apparentemente si pongono in contrapposizione con quelli kelseniani. Hartmann infatti, pur non essendosene occupato direttamente, accenna a un rapporto diverso tra diritto e organizzazione soggiacente; il che fa pensare, pur essendo egli lontano da ogni simpatia sociologica o empirista, a quanto verrà valorizzato soprattutto dalle teorie giuridiche istituzionaliste. Prima di descrivere e commentare i metodi, le argomentazioni, le finalità di queste teorie, occorre eliminare un grosso luogo comune che ancora sopravvive nei loro confronti. Si continua a ripetere che esse si occupano in prevalenza del rapporto tra diritto e società. Ora credo che non ci sia mai stato, dal pensiero greco in poi, nessun giurista che, pur con sensibilità e metodologie diverse, non si sia interessato in qualche modo alle implicazioni, ai rapporti, e anche alle differenze tra diritto e società. Si percepisce come le bipolarità, gli estremi, i valori antinomici che la scienza giuridica, e soprattutto la teoria del diritto, trova sul suo cammino, non appartengano solo ad essa, ma siano correlati – più di quanto lo stesso giurista immagini – sia con il mondo della conoscenza sia con quello della riflessione etica. Incontrare valori e quindi interessi, giuridicamente rilevanti – che a quei valori appunto si richiamano – significa approfondire le ragioni che legano diritto e mondo dell'etica, e nello stesso tempo percepire in profondità i legami tra formulazioni giuridiche e socialità. Singolare in tal senso appare l'esperienza istituzionalista di un raffinato autore come Cesarini Sforza, di cui più avanti si esaminerà in dettaglio lo svolgimento di pensiero; in un gruppo di frammenti e note di lettura alla traduzione italiana della Teoria dell'istituzione e della fondazione di Maurice Hauriou, egli così si esprime: «La teoria dell'istituzione prende il suo senso dal conflitto tra individuo e Stato-società, indicandone il superamento. Ma il suo senso profondo consiste nella relazione necessaria (di cui il suddetto conflitto è solo un aspetto empirico e superficiale) tra soggettivismo e oggettivismo, 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» [31].

6. Usi diversi dell'istituzionalismo Ho appena accennato al significato che l'istituzionalismo può avere in discipline diverse dal diritto. Un uso interessante è stato realizzato nell'ambito sia della linguistica sia dell'economia, nel senso che in tali contesti non solo si è fatto un parallelo con il diritto – cosa non nuova nella cultura occidentale – ma è stato apertamente richiamato il riferimento al concetto di istituzione.

6.1 Lingua e istituzione Di "istituzionalismo linguistico" hanno scritto, subito dopo la seconda guerra mondiale, due illustri studiosi come Giovanni Nencioni e Giacomo Devoto (Ius. Di là dalla grammatica, 1948) che hanno anche operato a Pisa, nel contesto culturale della locale Università e della Scuola Normale. Non credo che tale tentativo sia maturato per caso nella stessa città che nel 1917-18 aveva visto nascere l'ordinamento giuridico di Santi Romano e sul finire degli anni trenta, da parte di Spirito, Cesarini Sforza, Calogero, Cantimori, e molti altri, una sorta di revisionismo di sinistra dell'allora trionfante filosofia idealistica di Giovanni Gentile e di critica interna del regime fascista. Non dimentichiamo che Gentile a lungo è stato direttore proprio della Scuola Normale e influente professore di varie materie filosofiche, oltre che di filosofia del diritto, all'università di Pisa, prima di essere chiamato a importanti incarichi politici e culturali [32]. Per Nencioni (Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio, 1946) l'oggettività della lingua è in particolare la oggettività della realtà istituzionale e sistematica. Se nel diritto c'è un corpo di regole e di volontà, nella lingua c'è un complesso di mezzi espressivi e comunicativi [33]. Riprendendo una tradizione culturale consolidata, quella sul rapporto tra diritto e lingua, che già alcuni grandi studiosi come Vico, nel '700, e Savigny nel primo '800 avevano così ampiamente analizzato, Nencioni la ribalta in quanto non accosta solo il diritto alla lingua, ma paragona addirittura alcune tecniche della linguistica ad alcune concezioni e metodiche, come quelle istituzionaliste, presenti nel mondo giuridico. L'argomento è talmente ampio che richiederebbe un adeguato e autonomo approfondimento. Voglio solo ricordare che alcuni studiosi, come Mario Jori, hanno richiamato l'attenzione sul fatto che il linguaggio e il discorso giuridico moderno non possono essere ricompresi né nel modello della lingua naturale, né nel modello del linguaggio totalmente artificiale, ma in quello intermedio del linguaggio cosiddetto amministrato, caratterizzante proprio il diritto. Il parallelismo tra diritto e lingua naturale, osserva Jori, non deve farci perdere di vista le differenze di funzionamento tra i due ambiti né che in quel parallelismo spesso si cela un «elemento surrettizio di metodologia giuridica prescrittiva»; si cerca, forse anche inconsapevolmente, di accreditare l'ipotesi di una scelta metodologica in cui vanno acquistando un particolare e sempre più influente ruolo, non solo il complesso del sistema delle regole giuridiche, ma la consuetudine, la dottrina e la pratica giurisprudenziale [34]. Anche Salvatore Pugliatti (1903-1976) si è ampiamente occupato del ruolo e del rapporto diritto linguaggio, visto soprattutto all'interno della dogmatica giuridica. Contro alcuni aspetti delle teorie istituzionali, Pugliatti guarda al concetto di ordinamento in chiave molto tradizionale. Affinché si possa parlare di ordinamento giuridico è necessario per lui che «al centro della organizzazione sia collocata una volontà superiore capace di imporsi per mezzo del proprio potere d'imperio [35]». Ciò si realizza particolarmente nell'organizzazione statale, dotata di potere sovrano; qui Stato e diritto appaiono come termini tra loro inseparabili. Eppure, all'interno di un sistema normativo fortemente strutturato, acquista rilievo il ruolo del linguaggio, anche attraverso i suoi elementi simbolici o metaforici. Per mezzo della metafora si assiste, infatti, ad una specie di sopraffazione dell'elemento percettivo su quello logico, in quanto l'efficacia espressiva si basa sulla forza suggestiva dell'immagine. Il linguaggio, legato all'esperienza, la riflette e la realizza

nell'espressione, per cui non può essere considerato un semplice sistema simbolico, come quello matematico; spesso «il linguaggio esprime il contenuto della nostra attività spirituale: idee e sentimenti» [36]. Il linguaggio scientifico è, al contrario, composto da espressioni che hanno un solo e determinato significato ed è quindi, a suo modo, un linguaggio artificiale basato sulla duplice condizione di essere perfetto e non suscettibile di modificazioni. Si tende così a costruire dei sistemi linguistici rigorosi che, partendo da alcune fondamentali proposizioni, tentano di definire, con l'uso di procedimenti analitici, ogni termine utilizzato, per evitare dubbi ed ambiguità. Partendo da tali posizioni, si è tentato di giustificare la cosiddetta scientificità della giurisprudenza, ma il compito si è rivelato estremamente difficoltoso. Nel campo dell'esperienza giuridica, infatti, è forte l'influenza di suggestione del linguaggio, che esprime interessi e problemi inerenti alla vita concreta dell'uomo e della società. Così l'analogia, considerata come identità per mezzo della svalutazione degli elementi differenziatori, è alla base del concetto di finzione; attraverso di essa si considera uguale ciò che non lo è, in quanto «subordina un concetto di specie ad altro concetto di specie, anziché ad un comune concetto di genere». Il legislatore si serve di finzioni, che si risolvono in identità, per mezzo delle quali vengono collegate uguali conseguenze a fattispecie diverse, che, così facendo, si identificano in relazione agli effetti. Le finzioni legislative si collegano alla volontà di evitare brusche fratture con la tradizione, in risposta allo spirito conservatore degli ordinamenti giuridici. Non si può negare valore teorico alla giurisprudenza, né negarle la qualifica di scienza e neanche isolarla dalle altre scienze. Infatti, «se il conoscere è pure azione, esso è insieme e inoltre guida dell'azione» [37], per cui non vi è separazione, ma semplice differenza tra le scienze utilizzabili dalla prassi e quelle che si traducono in prassi. Tale differenza non è assoluta; ogni scienza è legata alla prassi in quanto tende ad essa, ma, al di là di questo elemento comune, le scienze teoretiche non hanno contatti con la prassi, quelle pratiche non perdono mai tale contatto – ed in questo sta la differenza funzionale e strutturale. Se ogni scienza si pone il problema dell'utilità dei suoi concetti, a maggior ragione deve farlo la giurisprudenza. «Una distinzione giuridica che non sia legata a esigenze di ordine pratico, immediate o mediate, non è soltanto inutile, nel senso più lato, ma porta ad una errata conoscenza; è, infatti, illusione di conoscenza (giuridica)... Nel tempo stesso, dunque, è praticamente inutile e teoricamente errata» [38]. D'altra parte se la giurisprudenza è vera scienza, non può sottrarsi al rigore metodologico di ogni scienza, per cui sarà utile il richiamo dei metodi di osservazione e classificazione dei fatti e costruzione del mondo scientifico, propri delle scienze naturali, ed anche dei metodi di ricerca e di critica delle fonti, propri della storiografia; sarà anche necessaria «la creazione e il retto uso di un linguaggio tecnico, la precisa delimitazione di classificazioni e concetti, l'impiego esatto dello strumento logico» [39]. Ogni proposizione normativa viene a porre in termini linguistici un dato problema, fornendone la risoluzione e prospettando per il futuro una regola. Quindi, il concetto, espresso in forma verbale, presenta il problema e la sua risoluzione, per cui «il sistema dei concetti presenta la medesima fisionomia e rispecchia in un istante tutto l'ordinamento giuridico per un istante fermato nel moto della storia, nel quale, reintegrandosi, riacquista la sua concreta realtà e forza vitale». Il giurista ha il compito della costruzione del sistema, per svolgere il quale si serve di strumenti tecnici, che gli permettono di mettere ordine nella complessità delle norme giuridiche, che sono variabili e legate al divenire dell'esperienza giuridica. La costruzione dei concetti non risponde solo ad un'esigenza conoscitiva, ma ha lo scopo pratico di risolvere i problemi inerenti ai vari interessi e comportamenti umani, quindi è rivolta a fini pratici, non solo teorici [40]. Se si eliminasse il sistema si avrebbe un atomismo normativo che renderebbe inutile ogni applicazione delle norme, che, isolate l'una dall'altra, perderebbero ogni utilità pratica. I principi che disciplinano l'applicazione della legge, come quelli dell'analogia legis e iuris, hanno lo scopo di superare l'atomismo e di permettere la formazione di un sistema unitario ed elastico. La concettualizzazione porta necessariamente, per Pugliatti, alla verbalizzazione dell'esperienza. La funzione del linguaggio è quella di essere in continuo rapporto con ogni forma del conoscibile; la lingua non deriva dall'arbitrio, ma è esperienza istituzionalizzata, che svolge «l'essenziale funzione per la quale è creatrice della storia, cioè di azione umana illuminata dal pensiero» [41]. Relativamente alle indagini nel campo del diritto, le parole sono necessarie, non in se stesse, ma in quanto «rappresentano nuclei di esperienza umana; in quanto attengono alla vita degli uomini e ai loro rapporti sociali, negli aspetti più svariati». 6.2 Aspetti dei rapporti tra istituzionalismo giuridico e istituzionalismo economico Il confronto tra istituzionalismo giuridico e istituzionalismo economico è invece più articolato e complesso. Sono stati soprattutto i realisti americani, nella loro rivolta, intorno al 1930, contro il concettualismo giuridico (ed in particolare contro l'idea individualistica del contratto e della proprietà) a giungere a posizioni molto vicine a quelle perseguite dai cosiddetti economisti istituzionalisti. Alessandro Giuliani (1925-1997), già sul finire degli anni '50, in un saggio importante che ha fornito un'attenta chiave interpretativa di tanti aspetti di quel movimento, parlava a proposito del realismo americano di metodo "istituzionalistico" [42]; c'era infatti, in alcuni realisti, un costante riferimento al concetto e al ruolo di istituzione. Soprattutto attraverso l'opera di demistificazione compiuta da uno dei suoi fondatori, K. Llewellyn, il diritto infatti veniva concepito come pienamente «conoscibile se considerato come un intero (as a whole), e precisamente come a going institution». Llewellyn, mentre tentava di indagare il diritto nella sua interezza e totalità, sostituendo al metodo analitico il più raffinato ed evoluto metodo istituzionalistico, trovava la sua fonte d'ispirazione nello storicismo economico tedesco così come era stato recepito da alcuni economisti americani, quali Veblen, Ely, Com-mons. Per costoro «non esistono leggi economiche universalmente valide, e pertanto non esiste una scienza economica che abbia un valore generale: ogni legge è valida solo nell'ambito di una particolare istituzione». L'istituzionalismo, soprattutto con Commons, affermava che anche la economia non deve essere intesa solo come una scienza di mezzi, ma deve occuparsi essenzialmente degli "scopi": il diritto in questa concezione appare un importante mezzo di controllo sociale, una tecnica insomma al servizio di questi scopi. Una tale scuola di pensiero avrebbe visto in Commons uno dei principali consulenti economici durante il New Deal rooseveltiano, in Mitchell uno dei massimi studiosi dei cicli economici e il fondatore e direttore del prestigioso National Bureau of Economic Research statunitense,

in Galbraith un consulente di differenti amministrazioni democratiche e in Myrdal una figura prestigiosa del mondo accademico internazionale e un futuro premio Nobel per l'economia. L'economia istituzionalistica, con il suo interessamento anche per i problemi della società e del diritto – nota ancora Giuliani – offriva anche una base teorica al movimento realistico nel diritto, proprio negli anni della sua costituzione e della sua diffusione. È soprattutto per questo, per la ricerca di un nuovo metodo positivo e scientifico nella risoluzione dei problemi delle scienze sociali, che Llewellyn fin dal 1925 aveva rivolto la sua attenzione agli studi di economia [43] . «Il giurista — egli scriveva — sta protestando contro il dogma tradizionale che il diritto sia immutabile, eterno, accertabile sempre per mezzo della deduzione. Solo recentemente è giunto a concepirlo come una cosa in movimento, ed ha scoperto l'esistenza di fattori non giuridici che condizionano il suo sviluppo e la sua azione. Per l'economista al contrario tutto ciò è sempre stato ovvio». Gli economisti insomma si erano già rivolti al diritto per chiarire la natura dei fatti e della teoria economica; i giuristi dovevano rivolgersi all'economia per chiarire la natura e la funzione del diritto. Ma cosa può apprendere il giurista intorno alla natura stessa del diritto, rivolgendo la sua attenzione ai metodi dell'economia? Osservando il fenomeno giuridico dal punto di vista "dell'intero" (cioè l'istituzione), esso non appare a Llewellyn che un mezzo di controllo, una tecnica sociale (social engineering); se oggetto del controllo è soprattutto il comportamento degli uomini che vivono in gruppi sociali, è necessario inventare un meccanismo che sia idoneo per raggiungere il risultato col minimo sforzo. Gli "scopi" del diritto non sono quindi solo individuali, ma della società o dei gruppi sociali. Basti questa considerazione per intendere la contrapposizione ai principi tradizionali incorporati nella rule of law: in particolare la supremazia del diritto, e il suo legame con l'autonomia dell'individuo, che in gran parte della cultura giuridica americana ha sempre costituito una specie di dogma irrinunciabile. Soprattutto Veblen avrebbe suggerito pertanto, ai realisti impegnati a fondare una giurisprudenza descrittiva, che questa non poteva essere del tutto autonoma, perché per poter essere fonte di descrizione di regolarità sociale, doveva essere anche economica, sociologica, storica, psicologica. Llewellyn considera l'istituzione come il concetto principale e più importante delle scienze sociali e la descrive come «una attività organizzata costruita attorno ad un bisogno o ad un gruppo di bisogni. Un mestiere è un'istituzione minore. L'istituzione maggiore si differenzia in quanto la presenza di un gruppo di bisogni è fondamentale per la continuazione della società con risultati tipici e complessi». Il punto di partenza di Llewellyn è rappresentato dalla teoria fondamentale dell'istituzione "legge – governo" [44] (law government), comunemente chiamata teoria dei Law-Jobs. Certe necessità, certi bisogni (Jobs) sono necessari a un gruppo sociale per la sua stessa sopravvivenza e per il raggiungimento degli scopi che il gruppo si è prefissato. Questa concezione si può applicare sia a gruppi di modeste dimensioni – come una semplice coppia – sia a gruppi più grandi e complessi: una nazione, uno Stato o la stessa comunità internazionale. È riscontrabile in gruppi con finalità limitate (come una squadra di calcio) o in gruppi che hanno relazioni complesse con il mondo esterno e con la presenza di tutti i loro membri (come una famiglia o una tribù). I bisogni nascono da varie sfaccettature della natura umana; infatti gli esseri umani hanno esigenze, interessi, che a volte tendono ad essere incompatibili tra loro. Questi impulsi, che Llewellyn chiama divisive urges, sono chiaramente fonte di potenziali conflitti, estremamente pericolosi per la sopravvivenza del gruppo. La prevenzione o la risoluzione di tali conflitti sono condizioni necessarie per la esistenza e durata del gruppo. Llewellyn opera la seguente classificazione a proposito degli strumenti fondamentali affinché una istituzione si sviluppi e si consolidi: 1- necessità di risoluzione dei casi difficili; 2- possibilità di razionalizzazione preventiva del comportamento e delle aspettative; 3- razionalizzazione di comportamenti e aspettative al fine di permetterne le trasformazioni; 4- predisposizione dell'autorità e delle procedure relative per provvedimenti imperativi; 5- approntamento di organi per la direzione e per gli incentivi del gruppo; 6- necessità del metodo giuridico. I precetti e i principi, continua Llewellyn, devono inserirsi in quel sistema e devono essere utilizzati dagli uomini che li usano per i loro scopi. Anche la pratica fa parte di un sistema giuridico, ma deve essere collegata costantemente alle varie norme. Poiché gli uomini sono la linfa vitale del sistema giuridico, accanto ai Law – Jobs, si sviluppano tutte le professioni collegate al diritto: avvocati, consiglieri, giudici, legislatori. Molte volte ci si dimentica che le corti non sono necessariamente l'unico e più importante meccanismo per la sistemazione delle controversie nella società. Bisogna ricordarsi che le norme giuridiche sono solo uno dei mezzi che possono essere usati per ottenere una certa condotta. Come e perché, in quali circostanze le parti scelgono di rivolgersi alle corti? Che percentuale di controversie di tipo x raggiunge le corti? Che estensione hanno i risultati delle dispute risolte fuori dalle corti, ma sempre in conformità alla dottrina giuridica? Cosa dovrebbe fare il legislatore per capire il cambiamento di un comportamento umano? Con quale estensione viene esplorata l'intera possibilità di mezzi per incanalare questo tipo di condotta? Anche per Giovanni Tarello, l'istituzionalismo economico ha influenzato fortemente il mondo culturale del realismo giuridico americano. Proprio Veblen tra i primi aveva condotto, sotto il profilo metodologico, una critica serrata alla scienza economica classica, che non veniva più concepita come tendente alla ricerca di leggi (economiche) valide per ogni tempo e luogo. Da qui discendeva il dovere di studiare i comportamenti economici anche come fatti storici piuttosto che considerarli solo come esempi di leggi universali. Anche quei comportamenti, quindi, che possono interessare l'economista sono condizionati non tanto da fattori immutabili ed elevabili a principio quanto da fattori che sono storici o «istituzionali», come le tendenze psicologiche e le attitudini di gruppi o classi di persone. 7. Verso una conclusione Dalla pur sommaria esemplificazione fatta in precedenza, emerge chiaramente tutta una possibilità di lettura a più piani dei problemi dell'istituzionalismo giuridico. Pur volendoci limitare solo ad alcuni aspetti, più strettamente giuridici, di esso emergono non poche differenze. Così Santi Romano, riconoscendo il valore ordinatorio e organizzativo dell'istituzione [45] , intendeva procedere a una ricostruzione sistematica della scienza del diritto pubblico che fosse coerente, rilevante e prestigiosa come appariva la scienza giuridica privatistica del tempo. Nei primi decenni del Novecento, di fronte all'emergere di nuovi soggetti giuridici, dinanzi a una legislazione che spesso mostra segni di inadeguatezza e cecità,

Romano privilegia il valore dell'amministrazione, delle sue tecniche, delle sue procedure, delle sue finalità. Tale scelta gli permette di inserire i nuovi corpi sociali all'interno dell'istituzione Stato, di assicurare un pluralismo delle fonti normative, di garantire una continuità logico giuridica all'intero ordinamento giuridico e alla sua evoluzione. È ovvio che a tale impostazione corrisponde, come ha notato Giovanni Tarello, una ideologia di conservazione che guarda più al ruolo e ai riti del ceto dei giuristi, che non ai fermenti del nuovo [46]. Ma la forza e la garanzia dell'organizzazione – pensa Romano – è ciò che qualunque buon giurista deve riconoscere e salvaguardare di fronte ai pericoli dell'inorganizzato, e quindi del non giuridico, per cogliere i caratteri dello Stato e anche le manifestazioni della sua crisi. Il suo tentativo di percepire giuridicamente lo Stato come una sorta di "istituzione di istituzioni" serve soprattutto come strumento idoneo a dare dignità giuridica all'emergere tumultuoso di nuovi rapporti tra le organizzazioni sociali e politiche del tempo, a riconoscere i limiti delle concezioni giuridiche e politiche del liberalesimo ottocentesco, a superare le ambiguità dell'individualismo giuridico [47] in favore di nuove forme che – come è avvenuto per molti giuristi della sua generazione – la breve stagione del corporativismo sembrava poter assicurare [48]. Egli ha creduto, forse troppo e sino alla fine, alla capacità degli strumenti giuridici di guidare, assecondare e risolvere i conflitti. Per Mortati, appartenente a una generazione diversa da quella di Romano, e che assiste alla transizione verso la nuova forma repubblicana e alla ricostruzione civile, economica e morale dell'Italia dopo la catastrofe della seconda guerra mondiale, l'analisi sembra ormai concentrata verso altre direzioni. Nella vicenda italiana diventa fondamentale, ai suoi occhi, percepire gli effetti giuridici di importanti situazioni politiche che si possono così sintetizzare: a– avvento di una nuova forma costituzionale, non più fondata sull'idea esclusiva della statualità e sul potere di concessione di chi ne rappresenta l'unità, ma sul potere e la legittimazione di un'Assemblea costituente; b– affermazione dei partiti politici che sostituiscono gli antichi modelli dell'influenza dei notabili; c– espansione di un ceto di professionisti della politica; d– legame sempre più stretto tra organizzazione statale e mondo imprenditoriale ed economico, fenomeno già manifestatosi in Italia negli anni trenta ma che i giuristi, tranne qualche eccezione, tardano a percepire [49]. Attraverso il ruolo primario, sia giuridico sia politico, riconosciuto alla funzione della costituzione [50], Mortati, tra i primi, dà spessore scientifico ai nuovi modelli costituzionali e asseconda, attraverso gli studi sul potere di indirizzo politico, proprio il consolidarsi di una visione pluralistica dello Stato, fondata sull'equilibrio dei poteri e soprattutto sulla forma dello "Stato dei partiti". Siamo, come si può capire, ormai lontani dagli intenti di Santi Romano e anche dal suo metodo. La utilizzazione della categoria del pluralismo non è infatti più un modo di essere del significato universale dell'istituzione, ma diventa fondamento di un nuovo sistema politico inteso come un grande insieme di poteri pubblici e privati, che annulla le vecchie distinzioni liberali tra politica e amministrazione e tra Stato e società nella forma della "costituzione in senso materiale", per ricordare il titolo di un famoso scritto di Mortati del 1940. La distinzione netta tra politica e diritto era il presupposto di partenza di Romano; la confluenza tra politica e diritto è il punto d'arrivo di Mortati che riconosce all'accordo tra la pluralità dei partiti, tipica del regime democratico, il fondamento ideologico della complessità delle nuove democrazie. Costituzione e partito politico vanno sempre più sostituendo il fondamento di legittimazione dello Stato, la cui sovranità, a partire dalla raggiunta unità nazionale ottocentesca, si era retta sull'indipendenza dell'amministrazione e sulla forza della legge. Mortati percepisce la crisi di un tale modello e opera energicamente per la sua sostituzione con un sistema dove Stato comunità e Stato persona si influenzino reciprocamente; il che dà luogo a nuove forme di organizzazione giuridica e sociale e ridisegna parzialmente il sistema delle fonti normative e il controllo della loro legittimità. È ovvio che, in un quadro così complesso e per alcuni versi discutibile, le teorie istituzionaliste restino sullo sfondo, siano il fondamento remoto della costruzione ma non l'espressione manifesta di quella costruzione. Anche in un autore inquieto e moderno come Cesarini Sforza, gli elementi fondamentali del fenomeno giuridico sono in primo luogo le norme giuridiche e non meno importanti di esse vi sono le azioni che esse devono regolare. Il Cesarini così spiega la distinzione e la complementarità di questi due aspetti dell'esperienza giuridica: «è appunto la combinazione delle regole relative a un determinato nucleo di congegni, o fenomeno giuridico che esprime la struttura di questo fenomeno; e le concrete azioni alla cui verifica sono diretti i voleri formulati nelle regole rappresentano il fine delle regole stesse, o la funzione del fenomeno» [51]. In questo modo struttura e funzione, regola e azione, spiegherebbero per il Cesarini la trasformazione degli istituti e il diverso strutturarsi dell'esperienza giuridica nella sua globalità. Il Costa vede in questo la tendenza ad un esito realistico della teoria cesariniana del diritto, ma sottolinea altresì come adesso il Cesarini avrebbe dovuto affrontare il tema positivistico di per certo ancora attuale della distinzione tra forma e materia. Secondo il nostro autore la forma era rappresentata dalla struttura, mentre le azioni rappresentavano il contenuto, la materia. Testualmente così si esprimeva il Cesarini: «Ma come struttura e funzione di un fenomeno sono impensabili l'una indipendentemente dall'altra, perché sono originariamente la stessa cosa...così la forma è impensabile indipendentemente dalla materia giuridica...Ora tutti i fenomeni giuridici hanno una forma unica, quella appunto che li distingue dagli altri fenomeni, sia del mondo spirituale, sia del mondo fisico, che sono oggetto di altre scienze, ma questa unicità di forma non è che il riflesso dell'unicità della materia; in altre parole, essi hanno tutti la medesima fondamentale struttura che è quella in cui necessariamente si presentano le attività pratiche che costituiscono il loro contenuto» [52]. La forma della giuridicità raggruppava secondo il Cesarini tutta una serie di azioni aventi in comune il medesimo ambito, rendendole incompatibili con qualsiasi altro punto di vista. In questo modo ogni oggetto poteva essere analizzato sotto molteplici punti di vista, infatti la materia non esisteva, se non in quanto espressa in una forma che sarebbe potuta essere non solo giuridica ma anche economica, politica, ecc.. In questo senso la giuridicità non avrebbe per il nostro autore una posizione di privilegio se messa a confronto con l'economicità o la politicità apparendo piuttosto come una delle possibili forme dei fenomeni, tra loro incomunicanti. La forma giuridica delle attività che il Cesarini chiamava col termine di "costante giuridica fondamentale", consisteva in un rapporto di interazione tra le volontà individuale che portava alla cooperazione tra

soggetti per il raggiungimento di determinati fini; «sicché 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 esprime il volere del primo» [53]. Particolare sviluppo è stato dato da un autore come Gurvitch alle forme di organizzazione sociale. A differenza delle forme di socialità, che rimangono per lo più legate ai piani più spontanei della realtà sociale, i gruppi, pur se non organizzati, creano quelle che sono gli inizi di strutture sociali, danno luogo a tentativi di stabilità e di equilibrio, ma non possono venir mai ricondotti ad una vera e propria organizzazione, perché «restano soggiacenti, la vivificano, la trasformano, la ricostruiscono e di conseguenza si mostrano, in quanto fenomeni sociali totali, più ricchi di essa» [54]. Vi sono tuttavia dei gruppi che possiedono la capacità virtuale di organizzazione; infatti la capacità di organizzazione è legata al predominio della socialità attiva su quella passiva, incapace di organizzarsi in sovrastrutture organizzate. Non va dall'altro canto dimenticato che il gruppo, una volta organizzatosi, mantiene nella sua struttura importanti strati della vita spontanea sottostante, anche perché la sovrastruttura organizzata del medesimo non lo esprime mai totalmente e non è che una forma di socialità fra una pluralità di altre forme. Inoltre, la maggior parte dei gruppi, non dispone che di una costrizione condizionata, poiché i loro membri possono ritirarsi più o meno liberamente da esso, sottraendosi, in tal modo, alle misure coercitive. Esistono peraltro taluni gruppi che, invece, dispongono di una costrizione incondizionata, in cui è vietato il libero allontanamento e i cui partecipanti non dispongono giuridicamente della possibilità di sottrarsi alle costrizioni loro imposte: tali sono, per esempio, i gruppi territoriali fondati sulla vicinanza; viceversa i gruppi di attività economica o i gruppi non lucrativi, come pure i gruppi mistico-estatici, che hanno tendenza alla costrizione puramente condizionata. In un autore come Renard che si ispira al pensiero di Hauriou ma che si richiama fortemente al giusnaturalismo tomista, l'uomo si trova collocato nello stesso tempo sia all'interno dell'istituzione, sia all'esterno di essa, come singolo che imposta la sua esistenza con modalità e ipotesi anche confliggenti rispetto a quelle dei suoi simili. C'è la necessità di una convivenza ma insieme anche il senso di un disagio. All'interno della famiglia, ad esempio (ma lo stesso è certamente vero in riferimento anche agli altri fenomeni istituzionali), esiste un vero e proprio statuto (di famiglia), da intendersi come l'insieme delle regole che permettono la convivenza dei membri della stessa, regole queste che vincolano i singoli conviventi nel conseguimento della finalità prima della stessa, cioè il perpetuarsi del legame familiare come unità di affetti. Nella sostanza quindi strutturalmente i concetti di diritto e statuto appaiono spesso come agli antipodi, e ciò in quanto, se da un lato, lo statuto partecipa alla mobilità tipica dell'istituzione, dall'altro, il diritto appare in tutta la sua rigidità. Se da un lato, il diritto soggettivo, una volta costituito, sfida gli avvenimenti, all'opposto, lo statuto segue la sorte dell'istituzione, adattandosi giorno dopo giorno alle sue vicissitudini. Lo statuto allora non è altro che il riflesso dell'istituzione, laddove il diritto soggettivo appare al contrario come riflesso della personalità umana. Certo Renard si muove, non sempre riuscendoci, alla ricerca di un punto di equilibrio tra individualità e socialità del diritto, tra volontà soggettiva che si manifesta e razionalità che si esprime negli istituti. Occorre peraltro dire che. Malgrado il tono colloquiale e amabile del suo ragionare, egli si muove con sicura e determinata precisione di intenti.

[1] Queste pagine riprendono in parte alcuni concetti e temi che verranno pubblicati in un saggio monografico dal titolo Istituzionalismi, Giappichelli, Torino 2003.

[2] Cfr. U. PAGALLO, Alle fonti del diritto. Mito, Scienza, Filosofia, Torino 2002, spec. pp. 161-176.

[3] S. CASSESE, Istituzione: un concetto ormai inutile, «Politica del diritto» 1979, vol. X.

[4] Rinvio ad alcune osservazioni di C. LUZZATI, L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto, Milano 1999, spec. pp. 167-185.

[5] G. Lorini, Dimensioni giuridiche dell'istituzionale, Padova 2000, spec. pp. 12-43. Il volume di Lorini contiene notizie utili e aggiornate e una vastissima bibliografia sull'argomento.

[6] N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, Il diritto come istituzione, a cura di M. La Torre, Milano 1990. Su alcuni problemi di definizioni cfr. M. LA TORRE, Linguaggio, norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica, che appare come appendice (pp. 361-429) al volume indicato. Lo stesso autore ha dedicato al tema tutta una serie di vari saggi, tra i quali rammento M. LA TORRE, Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto, Bari 1999.

[7] Così si esprime M. LA TORRE nel saggio citato, Linguaggio, norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica (spec. il paragr. Istituzionalismo vecchio e nuovo. Santi Romano a confronto con Neil MacCormick e Ota Weinberger). Cfr. su questo problema anche il lavoro di F. JAVIER ANSUATEGUI ROIG, El positivismo jurídico neoistituzionalista, Madrid 1996, altro testo cui si deve il ritorno all'istituzionalismo.

[8] Cfr. ad es. F. BELVISI, All'origine dell'idea di istituzione. Il concetto di "collegium" come "persona ficta" in Sinibaldo dei Fieschi, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1993, pp. 3-23. Santi Romano, nelle note 29 bis, 29 ter della II ed. de L'ordinamento giuridico (1946) sente la esigenza di distinguere il concetto di istituzione (suo e di Hauriou) da quello di Renard, Gurvitch, Delos e di indicare anche i casi limite nella definizione di istituzione. Invero anche Romano non giunge, né avrebbe potuto farlo, ad una definizione concettuale e linguistica omogenea in quanto, come indica Lorini in Dimensioni giuridiche dell'istituzionale, pp. 14-15, fornisce ben venti esempi di istituzioni le più varie che vanno

dalla comunità internazionale allo Stato, dai comuni alle scuole, dalla società rivoluzionaria e dall'associazione a delinquere alle sette religiose scismatiche e alle dinastie regnanti, e così via.

[9] Come risulta chiaramente in G. RENARD, *Thomisme et droit social*, in «Revue des sciences philosophiques et théologiques», 1934, pp. 1-42, dove viene tentata una rilettura e attualizzazione del pensiero tomista in relazione alle tesi proposte da Gurvitch.

[10] Su alcuni aspetti giuridici dei movimenti associazionisti cfr. J. COHEN, J. ROGERS e altri, *Association and Democracy. The real utopian Project*, ed. E. Olin Wright, London-New York 1995.

[11] Tale distinzione, che ormai fa parte del patrimonio linguistico dei giuristi e della giurisprudenza, sino a qualche decennio fa, nell'ambito della teoria generale del diritto, era soggetta ad una serie di osservazioni critiche. Un esempio lo si può rintracciare in N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, «RIFD» 1970, pp.187-204, dove si legge: «...non mi sembra che la nozione di norma di organizzazione sia stata finora approfondita come il suo uso continuo richiederebbe. Né appare immediatamente chiaro il criterio in base al quale questo tipo di norme viene distinto dall'altro tipo di norme, chiamato 'norma di condotta', se non altro perché anche le norme di organizzazione per il solo fatto di essere norme sono norme di condotta» (p. 189).

[12] Questo è uno degli aspetti più controversi della teoria di Santi Romano che nel § 30 e § 31 de *L'ordinamento giuridico* spiega e difende la sua posizione.

[13] Quando parlo di conservatorismo di Romano, non intendo fare riferimento a visioni ideologiche o politiche, ma solo al fatto che Romano riconosce alla dottrina generale del diritto, oltre a varie funzioni, quelle fondamentali di analizzare la sistematicità e organicità delle diverse esperienze giuridiche oggettive al fine di garantire la "conservazione" di quello che è già esistente e realizzato giuridicamente. Per essere più espliciti, malgrado le concezioni da cui parte, considerate come innovative e, all'epoca, viste quasi come eretiche, Romano tende a privilegiare più ciò che è consolidato giuridicamente che il nuovo che si appresta a essere inserito in una futura qualificazione giuridica. Da qui discende anche una sorta di mai rifiutata vocazione "normativista". Cfr. U. SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista* (1977), rist. in ID., *L'etica senza verità*, Bologna 1982.

[14] Ciò non era sfuggito all'intelligenza critica di Gurvitch già nel 1930. Cfr. G. GURVITCH, *Les tendances actuelles de la philosophie allemande*, Paris 1930, dove il confronto con Hartmann, e anche con Scheler, costituisce il nucleo del volume. Non bisogna dimenticare che, qualche anno dopo, su suggerimento dello stesso Gurvitch, Sartre si recerà a Berlino a studiare con Hartmann. Sulla vasta letteratura

[15] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 91.

[16] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 92.

[17] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 92.

[18] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 94.

[19] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 94.

[20] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 96.

[21] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 97.

[22] Richiamo l'importanza che hanno assunto, nella cultura contemporanea, le suggestioni e i riferimenti che Elias Canetti (1905-1994) ha dedicato al problema della massa in: *Massa e potere* (1960), Milano 1981; *Potere e sopravvivenza* (1972), Milano 1974.

[23] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 99.

[24] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 100.

[25] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze 1951, § 13, p. 43.

[26]

[27] In Friedrich Meinecke (1862-1954), grande storico delle idee del '900 ed esponente raffinato di uno storicismo critico e non totalizzante, c'è il richiamo costante alla compresenza di valori antinomici, così come avviene in Hartmann. Si veda, ad es., ne *L'idea di ragion di stato nella storia moderna* (1924), Firenze 1977, lo svolgersi delle coppie: essere e dover essere, causalità e idea, libertà e necessità, universalità e individualità (p. 2), oppure la contrapposizione tra legge morale e idea di diritto, tra concezioni utilitarie e fini ideali (p. 3), tra l'istinto di potenza e la responsabilità morale (p. 5). Ne emerge la chiarificazione di un concetto come quello di ragion di stato caratterizzato da una «torbida zona intermedia tra istinto e ragione, tra naturale e spirituale, che non può uscire dal crepuscolo né nell'analisi teoretica, né nell'applicazione pratica» (p. 7). È soprattutto qui che – a suo giudizio – lo spirito moderno «vede e sente più acutamente e dolorosamente che in passato le fratture, le contraddizioni e i problemi insolubili della vita, perché gli è andata perduta la fede consolante nella chiarezza e nell'assolutismo degli ideali umani» (p. 443).

[28] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 101.

[29] N. HARTMANN, *Etica. Assiologia dei costumi*, p. 104.

[30] In tal senso va valutato un lavoro di A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica: Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans-Georg Gadamer*, Torino 1994. Voglio inoltre ricordare i numerosi saggi di Giuseppe Marchello (1912-1994) dedicati al tema del valore e dell'avvaloramento. Cfr. G. MARCHELLO, *Dai bisogni ai valori. Nuovi studi sull'etica dei valori*, Torino 1977, spec. pp. 68-69, dove si parla dell'interiore struttura del progredire della coscienza in ordine ai valori e della possibilità del progredire umano nelle forme sociali e istituzionalizzate delle diverse civiltà storiche. Non manca un aperto richiamo a una considerazione «fenomenologica, tanto più utile quanto più puntualmente circostanziata, relativa ai ruoli delle persone, dei gruppi e delle comunità globali – ed al gioco dei rispettivi condizionamenti». Nel precedente

Valori e tecniche di avvaloramento. Studi sull'etica dei valori, Torino 1972, Marchello si confronta apertamente con le dottrine di Scheler e Hartmann: «pur riconoscendo l'importanza di codeste dottrine nell'avvertire l'interesse dominante delle tematiche assiologiche...è proprio la consapevolezza della inaccettabilità critica della prospettiva ontologica o "materiale" nell'esegesi dei valori a misurare il contributo che la "teoria formale" sembra destinata ad esprimere» (p. 110). Pur partendo da posizioni diverse, il suo cammino, peraltro, si è andato svolgendo in singolare affinità, non tanto metodologica quanto tematica, con quello di Hartmann.

[31] M. HAURIUO, Teoria dell'istituzione e della fondazione, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano 1967; cfr. spec. la Presentazione di A. Baratta, p. IX.

[32] Tra i molti saggi che accennano agli anni della cultura filosofico giuridica a Pisa, particolarmente ricca proprio tra le due guerre per la contemporanea presenza di studiosi di formazione diversa e il fiorire di iniziative culturali ed editoriali, cfr. i contributi presentati in un recente convegno e i cui atti sono pubblicati con il titolo Guido Calogero a Pisa tra la Sapienza e la Normale, a cura di Claudio Cesa e Gennaro Sasso, Bologna 1997. Rinvio inoltre ai contributi di Vittorio Frosini che è stato diretto e critico testimone di quel periodo. Oltre che al suo saggio L'idealismo giuridico italiano, Milano 1987, trovo molto interessante un'intervista, rilasciata il 30 settembre 1997 a Raimondo Cubeddu e Giuseppe Cavera, consultabile nel sito della Scuola Superiore di Perfezionamento S. Anna di Pisa: www.sssup.it/www/exallievi/sannanews.html.

[33] Riprendo questi concetti da P. DI LUCIA, Introduzione, pp. 14-15, al linguaggio del diritto, a cura di U. Scarpelli e P. Di Lucia, Milano 1994.

[34] Così si esprime M. JORI, Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto, in Scritti per Uberto Scarpelli, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano 1997, pp. 447-527, spec. pp. 520-521.

[35] S. PUGLIATTI, Gli istituti del diritto civile, I, Milano 1943, p. 11.

[36] S. PUGLIATTI, La giurisprudenza come scienza pratica, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1950, p. 85.

[37] S. PUGLIATTI, La giurisprudenza come scienza pratica, cit., p. 117.

[38] S. PUGLIATTI, La giurisprudenza come scienza pratica, cit., p. 118.

[39] S. PUGLIATTI, La giurisprudenza come scienza pratica, cit., p. 119.

[40] S. PUGLIATTI, La giurisprudenza come scienza pratica, cit., pp. 118-119.

[41] S. PUGLIATTI, Finzione, in Enciclopedia del diritto, XVII, Milano, 1968, pp. 658 ss.

[42] A. GIULIANI, Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico, in Il pensiero americano contemporaneo. Scienze sociali, a cura di F. Rossi Landi, Milano 1958, p. 119-163; riprende un precedente e molto più ampio saggio dal titolo: Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericano, in «Anuario de Filosofía del Derecho», 1956, p. 215-308. C'è da osservare che, a distanza di molti anni dal lavoro di Giuliani, si parla sempre più frequentemente di un rapporto tra realismo giuridico e istituzionalismo, così come, ad esempio, fa L. GIANFORMAGGIO, Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto, "Working Paper" n. 12 del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Siena 1993, che riprende con lievi modifiche una relazione presentata al Convegno su Realtà, intersoggettività, interpretazione (Villa Mirafiori, Roma 28-30 settembre 1989).

[43] The Effect of Legal Institution upon Economics, in «American Economic Review», 1925.

[44] Termine che sarà ampiamente utilizzato da Llewellyn in Law and the Social Sciences – especially Sociology, «Harvard Law Review» 1286, 1949.

[45] S. ROMANO, L'ordinamento giuridico, § 13, p. 40: «...è da osservare (e questo è per noi essenziale) che il concetto di organizzazione non può servire pel giurista finché non si riduca a concetto giuridico».

[46] G. TARELLO, Il diritto come ordinamento, p. 67: «...il carattere fortemente ideologico della dottrina dell'ordinamento giuridico del Romano mi sembra vada ravvisato nella sua attitudine a conservare in una situazione caratterizzata da conflitti e lacerazioni a livello dell'organizzazione effettiva del potere due assunti della visione sistematica-orizzontale della ottocentesca Allgemeine Rechtslehre, secondo cui il diritto è sistema coerente di norme univocamente valide». Cfr. anche le lucide analisi di A. CATANIA, Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico, Napoli 1974, spec. pp. 125-161 e in molti altri scritti più recenti tra i quali ricordo: ID., Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del novecento, II ed., Napoli 1990, pp. 137-177, spec. per un confronto tra la concezione di Romano e quella realista e decisionista di Carl Schmitt, cui si riferisce lo stesso Mortati; ID., Manuale di filosofia del diritto, Napoli 1995, pp. 245-268; ID., Manuale di teoria generale del diritto, Roma-Bari 1998, pp. 20-27.

[47] S. ROMANO, L'ordinamento giuridico, § 13, pp. 42-43: «...scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale ... Cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti».

[48] Vedi le osservazioni di M. BARBERIS, Introduzione allo studio della filosofia del diritto, Bologna 1993, pp. 143-145.

[49] Tra la vasta letteratura sull'argomento, segnalo P. COSTA, Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento, Milano 1986; M. FIORAVANTI, Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano, in I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento, a cura di A. Mazzacane, Napoli 1986, pp. 318 ss.

[50] M. FIORAVANTI, Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in Potere costituente e riforme costituzionali, a cura di P. Pombeni, Bologna 1992; e recentemente ID., La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento, Milano 2001.

[51] Cfr. W. CESARINI SFORZA, Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto (1918) ora in Vecchie e nuove pagine della filosofia, storia e diritto, Milano 1967, vol. I, p. 138.

- [52] W. CESARINI SFORZA, *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, p. 141.
[53] W. CESARINI SFORZA, *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto*, p. 142.
[54] G. GURVITCH, *Trattato di sociologia*, (1958), Milano 1967, vol. II, p. 268.