

8 aprile 2013

## Italian Theories. Spunti attorno all'esperienza giuridica a partire da un recente saggio di Roberto Esposito

di Gianluca Bascherini

Ricercatore in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

**ABSTRACT** Negli studi critici di marca anglosassone si registra una crescente attenzione verso una Italian Theory. A questa linea di pensiero della filosofia politica italiana possono ricondursi autori anche molto diversi tra loro: da Vico e Machiavelli, passando per Leopardi, Cuoco, Croce, Gramsci e Gentile, fino a Tronti e Agamben. La fortuna di questa Italian Theory dipenderebbe dalla maggior capacità che mostra oggi la filosofia italiana rispetto ad altre tradizioni di pensiero di interpretare criticamente le dinamiche del mondo globale. Questa capacità, a sua volta, sarebbe da ricondursi ad una serie di caratteri generali che connoterebbero questo filone culturale, tra i quali: un carattere civile ma non nazionale, una vocazione interdisciplinare, una postura naturalmente critica nei confronti del potere. Questo scritto trae spunto da questa riscoperta del pensiero italiano (di un pensiero italiano) per indagarne le sollecitazioni che da essa possono venire a uno studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa. Per un verso infatti può ricostruirsi una Italian Theory specificamente giuridica che in parte coincide e in parte invece integra quella galleria di studiosi ora richiamata. Per altro verso, questo filone della cultura giuridica patria presenta a sua volta sviluppi propri, per molti versi distanti da quelli ai quali perviene la filosofia politica italiana nel tardo Novecento. In campo giuridico quei temi costituirono infatti terreno privilegiato di riflessione per i giuristi che si rifecero alla prospettiva dell'esperienza giuridica. Questo approccio agli studi giuridici infatti sviluppò una riflessione profonda sui temi dei rapporti fra storia e diritto e tra diritto e conflitto, a loro volta calati nella più generale questione della crisi dello Stato e della statualità del diritto, pervenendo ad esiti che ancora oggi possono essere di forte interesse per gli studiosi di diritto. Among critical studies from English speaking countries we can register a growing interest towards an Italian Theory. This line of thought of the Italian political philosophy it's connectable to a set of authors who differ deeply one from the other: from Vico to Machiavelli, going through Leopardi, Cuoco, Croce, Gramsci and Gentile, up until Tronti and Agamben. The success of this Italian Theory seems to depend on the fact that Italian philosophy today appears to be more able to interpret the dynamics of the global world, as compared to other traditions. This capacity, in turn, could be explained by a series of general features that characterize this cultural thread, namely (among others): a civic but not national approach, an

inter-disciplinary vocation, a naturally critical posture attitude towards power. This essay draws on this revival of the Italian thought (of an Italian thought) to investigate the challenges that can come out of it for the study of constitutional law from an historical and comparative perspective. On one hand, in fact, we can reconstruct an Italian Theory of a specifically juridical kind, which in part coincides and in part rather complements the above mentioned gallery of authors. On the other hand, this line of thought of the national legal culture presents, in turn, its own developments, which in many senses appear distant from those reached by Italian political philosophy in the late Twentieth Century. In the juridical field those subjects became a privileged floor of investigation for jurists who took inspiration from the perspective of the juridical experience. This approach to juridical studies in fact developed a deep reflection on the issues arising from the relationship between history and law, and between law and conflict, issues which were in turn embedded in the wider question of the State crisis and of the statuality of law, reaching outputs that, still today, can be a source of strong interest for the scholars in the juridical field.

Sommario: 1. *Di cosa parliamo quando parliamo di Italian Theory. I caratteri generali di questa linea di pensiero.* – 2. *Alcune osservazioni preliminari.* – 3. *Le sollecitazioni che questa tradizione di pensiero offre agli studiosi di diritto costituzionale.* – 4. *Gli sviluppi di quella tradizione di pensiero nella cultura giuridica italiana del Novecento. L'esperienza giuridica.* – 5. *L'esperienza giuridica, un pensiero vivente.* – 6. *Cenni conclusivi.*

1. *Di cosa parliamo quando parliamo di Italian Theory. I caratteri generali di questa linea di pensiero e le ragioni della sua fortuna*

Il lavoro intende muovere dalle sollecitazioni che, con le sue luci e le sue ombre, possono venire per i giuristi dal libro di Roberto Esposito *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, Einaudi, 2010<sup>[1]</sup>. *Pensiero vivente* ricostruisce una tradizione di pensiero italiana che dall'umanesimo arriva ai giorni nostri e all'interno della quale Esposito riconduce autori anche molto diversi tra loro, filosofi e non – di qui probabilmente la scelta di parlare di 'pensiero' nel titolo e di 'filosofia' solo nel sottotitolo. Machiavelli, Bruno e Vico (cap. II. *Potenza dell'origine*); Cuoco, Leopardi e De Sanctis (cap. III. *Filosofia/Vita*); Croce, Gramsci e Gentile (cap. IV. *Pensiero in atto*); Tronti, Cacciari, Negri, Del Noce, Vattimo, Agamben, e lo stesso Esposito (cap. V. *Il ritorno della filosofia italiana*). Ai cinque capitoli devono inoltre aggiungersi altrettanti «varchi», via via dedicati: al rapporto tra umanesimo e filosofia (varco I, *La vertigine dell'Umanesimo*); a Leonardo da Vinci, o meglio ad un particolare del suo dipinto *Battaglia di Anghiari* (varco II, *Nel vortice della Battaglia*); a Dante, ed all'influenza che la visione della pena da Questi espressa nella *Commedia* avrà sul *Dei delitti e delle pene* di Beccaria (varco III *Inferno*); a Pier Paolo Pasolini (varco IV *L'insostenibile*).

Il sintagma «*Italian Theory*» – così s'intitola il paragrafo 1 del primo capitolo (*La differenza italiana*), che costituisce una sorta di premessa alle analisi svolte nei capitoli successivi – contiene in sé un evidente richiamo alla cd. *French Theory*, ossia al successo che, negli studi critici statunitensi, hanno riscosso a partire dagli anni '70 autori quali Foucault, Derrida, Deleuze, Baudrillard, Lyotard, Kristeva, Irigaray, De Beauvoir etc[2]. Oggi, secondo il filosofo napoletano, quel successo arride alla filosofia italiana. Dagli Stati Uniti al Giappone, dall'Australia all'America Latina, nei dipartimenti di *Humanities* più che in quelli di filosofia, ancora dominati dalla tradizione analitica, si organizzano convegni, si pubblicano e si traducono lavori sul tema[3]. Dunque, e mi si perdoni la metafora gastronomica, quei *Crits*, passati per le birrerie francofortesi prima e per i *bistrots* della *Rive Gauche* poi, affollerebbero oggi trattorie toscane e pizzerie napoletane.

Se più risalente risulta l'attenzione verso autori quali Vico e Gramsci – i quali, a partire dalla riflessione di studiosi quali Edward Said, costituiscono ormai da tempo un riferimento per un nutrito ventaglio di *critical studies: gender, cultural, postcolonial* e via aggettivando[4] –, a ben guardare i convegni e le pubblicazioni portate ad esempio, si nota che oggi questo interesse sembra investire in particolare gli esiti più recenti della filosofia italiana, con particolare attenzione al pensiero radicale italiano degli anni Settanta[5].

L'odierna fortuna di quella complessiva linea di pensiero italiana, più e meno recente, sarebbe da ricondursi, secondo Esposito, alla maggior capacità che essa oggi mostra rispetto ad altre tradizioni di pensiero di «*entrare in una relazione analitica e critica, con i tratti dominanti del nostro tempo*»[6], e la ricchezza di questa riflessione acquisterebbe evidenza dinanzi alle difficoltà che le filosofie europee fondate sul primato del linguaggio – analitica anglosassone, ermeneutica tedesca, decostruzionismo francese – oggi incontrano a spiegare il presente[7]. Rispetto alla tradizione filosofica europea, il pensiero italiano si collocherebbe dunque in posizione eccentrica: rifiutando di quella tradizione europea le prospettive metafisiche e razionalistiche, e al contempo evitando di concentrarsi su costituzioni della soggettività e teorie della conoscenza, quel pensiero si presenterebbe dunque come «*estroflesso*», costruendosi *ab origine* intorno alle categorie di vita, politica e storia[8].

Questa maggior capacità del pensiero italiano di leggere «*i tratti dominanti del nostro tempo*», e dunque il successo che questo viene recentemente riscuotendo, dipenderebbero da una serie di caratteri generali di questa tradizione filosofica[9] che lo stesso Esposito ha riassunto nel citato articolo su *Il made in Italy della filosofia*. Tra essi: A) «*Il carattere non nazionale – ed anzi tendenzialmente antinazionale*» di questo pensiero. Questo essere un pensiero «*civile ma non nazionale*», questo elemento di extraterritorialità, «*è stato spesso visto come una forma di ritardo storico rispetto ad altri, più precoci, contesti nazionali. Ma [...] allorché la globalizzazione ha ridimensionato pesantemente il rilievo degli Stati nazionali, una filosofia come quella italiana, fin da sempre orientata a pensare la politica prima e oltre lo Stato, si è trovata in una condizione migliore per afferrare le dinamiche contemporanee*». B) La sua peculiare inclinazione verso il non filosofico, verso la contaminazione con altri lessici, che la condurrebbe a esprimere una dimensione «*transdisciplinare*», ossia una «*tendenza a rompere gli steccati disciplinari con una inventività semantica assente in altre culture, irrigidite in ambiti specialistici senza contatto reciproco*». C) Il «*rapporto tra sapere e potere*»: la «*relazione tesa e agitata*» che molti esponenti di questa tradizione di pensiero hanno intrattenuto con il potere, politico, ecclesiastico e non di rado anche accademico. Quello italiano, ci dice Esposito, «*più che del potere, è un pensiero della resistenza*». Un asse paradigmatico di tale tradizione culturale consisterebbe dunque in una «*immanentizzazione dell'antagonismo*»[10]: da Machiavelli in poi, e in particolare nella rilettura gramsciana di Machiavelli, sarebbe presente in questa linea di pensiero l'idea che «*il conflitto sia costitutivo dell'ordine [e] che non sia ipotizzabile, e neanche auspicabile, un ordine escludente il conflitto*». Pensiero dunque «*orientato al conflitto*», e che anzi mette a valore il conflitto stesso. D) il

rapporto con il tema dell'origine. Laddove infatti la filosofia moderna tenderebbe variamente a riconoscersi «*in un gesto di rottura nei confronti di ciò che la precede, il pensiero italiano non solo non ha mai reciso tale nodo, ma cerca proprio in esso il profilo e il senso della propria attualità*». Questo sarebbe dunque un pensiero «*tutto rivolto alla storia*», ma che al contempo ha «*sempre conservato la consapevolezza che qualunque ordine storico non potrà mai cancellare [...] una falda antropica profonda [...] destinata ad essere fonte inevitabile di sempre nuovi conflitti e antagonismi*». Pensiero dunque che, a differenza della prevalente riflessione europea, appare sempre, e non di rado tragicamente, consapevole dell'impossibilità di ogni fine della storia così come dell'irrealizzabilità di ogni cominciamento di una novella storia; dell'impossibilità di un'origine fondativa della modernità, di un nuovo inizio razionale e artificiale il quale elimini, appunto, il peso dell'origine.

## 2. Alcune osservazioni preliminari

Queste, in estrema sintesi, le tesi che muovono il lavoro di Esposito. Ancora due osservazioni preliminari prima di entrare nel merito delle ragioni che muovono queste pagine e il loro titolo.

In primo luogo, all'espressione *Italian Theory* preferisco *Italian Thought*. Intanto, come abbiamo visto, anche nella recezione transatlantica di questa tradizione intellettuale di frequente si impiega *thought* in luogo di *theory*. Peraltro, laddove la teoria chiude, organizza, sistematizza, il pensiero apre, appare ben altrimenti molteplice, suscita relazioni, in primo luogo relazionandosi esso stesso con la pratica. Inoltre, spero sia chiaro che questa mia sollecitazione a discutere e a recuperare questa linea di pensiero anche in campo giuridico oltre che filosofico, non è dettata da nazionalismo o da sciovinismo metodologico o, peggio, da una sorta di ripiegamento nostalgico verso un passato che potrebbe apparire (ci vuol poco) migliore del presente.

In secondo luogo, il libro di Esposito non costituisce se non un'occasione per riprendere un ragionamento sullo studio del diritto costituzionale oggi, in un quadro di crisi economica, sociale e politica – e dei rapporti tra queste sfere di vita associata –, la quale, nel caso italiano, rimette a tema importanti profili di fragilità della stessa identità ed etica civica. Ho già accennato nelle prime righe di questo lavoro alle luci, ma anche alle ombre della ricostruzione espositiana e, pur convinto che tanto le une quanto le altre possano costituire stimoli per la riflessione, è il caso a questo punto di richiamare l'attenzione su alcune delle perplessità che l'opera può suscitare, e che in vario modo si connettono a quel riferimento nel sottotitolo a una filosofia "italiana".

Esposito muove dalla crescente attenzione che una serie di studi critici di area anglosassone vengono prestando ad alcuni filoni del pensiero filosofico-politico italiano del secondo dopoguerra, per ricostruire una sorta di genealogia di quel pensiero per temi ed autori. Concentrandosi dunque su una delle possibili linee di sviluppo del pensiero italiano, o meglio su una serie di autori accomunati dall'adozione di determinati approcci e dall'attenzione a certi profili, restano ovviamente in ombra nella galleria espositiana altri profili della riflessione di quegli stessi autori. La sintetica ricostruzione del pensiero dei singoli autori – mediamente tra le dieci e le quindici pagine ciascuno, una sinteticità che pare pensata anche per la traduzione del volume in altre lingue e per lettori non particolarmente esperti di quel pensiero – e, come accennato, l'intenzione di ricondurre a *una* tradizione culturale pensieri così complessi e non di rado distanti fra loro quanto a partenze svolgimenti e arrivi, induce a talune forzature che se, per un verso, hanno il pregio di illuminare prospettive meno note della riflessione di alcuni autori, per altro verso finiscono talvolta per trascurare componenti non meno rilevanti di quelle

esperienze di pensiero (mi appare ad es. un po' troppo gentiliano il Gramsci di Esposito, e un po' troppo precursore delle riflessioni in materia di globalizzazione e di biopolitica).

Analogamente, restano in ombra altre tradizioni di pensiero della filosofia italiana. In primo luogo, è un pensiero laico quello che Esposito ricostruisce, limitandosi a semplici richiami, eccettuate le pagine su Del Noce (225-231), per quanto concerne invece una tradizione di pensiero cattolica che annovera tra i suoi esponenti autori quali Rosmini, Gioberti, Capograssi e molti altri. Inoltre, il volume appare analogamente elusivo verso quel femminismo italiano della differenza che pure presenta forti correlazioni con la tradizione di pensiero da lui indagata e che viene incontrando anche esso una certa attenzione al di fuori dei confini nazionali.

E altrettanto può dirsi per la dimensione europea e non meramente nazionale del pensiero italiano. Il libro infatti non sembra prestare particolare attenzione alle zone (in senso buono) grigie, alle connessioni che legano non pochi esponenti della tradizione culturale ricostruita da Esposito ad altre tradizioni culturali: il peso che ad es. ha avuto il metodo scientifico già alle origini di quella linea di pensiero (sintomatica l'assenza di Galileo dalla galleria espositiva), così come colpisce il silenzio, anche qui eccettuati rapidissimi richiami, riguardo il rilievo dell'hegelismo e dell'hegelo-marxismo italiano degli Spaventa e dei Labriola, tanto per citarne i più noti esponenti.

Non di meno, se può discutersi, per eccesso o per difetto, questa qualificazione di 'italiana' che Esposito attribuisce alla linea di pensiero che indaga<sup>[11]</sup>, e se anche per altre tradizioni filosofiche (ad es. per quella tedesca) può parlarsi di un pensiero che precede e di molto la formazione dello Stato nazionale, resta non di meno stimolante oggi per il costituzionalista l'idea evidenziata da Esposito di un pensiero italiano che non solo, come già accennato, mantiene una relazione tesa ed agitata con il potere, ma che al contempo si caratterizza per la scarsa centralità che ricopre l'orizzonte statale nel suo pensare la politica. Questa «*manca di uno stabile referente statale*» infatti, a lungo inteso come elemento di debolezza, come giustamente rileva Esposito, si rivela piuttosto un vantaggio nel «*drastico passaggio d'epoca [...] che da alcuni anni stiamo vivendo*» (p. 22).

Pur non mancando dunque di segnalarne luci ed ombre, qui non interessa offrire una valutazione d'insieme dell'opera, né tanto meno calarne la lettura all'interno del complessivo percorso intellettuale dell'autore. Qui, come già accennato, interessa piuttosto ragionare attorno ad alcune sollecitazioni in ordine allo studio del diritto costituzionale che possono venire dal libro. Come cercherò di chiarire meglio in seguito, molti degli autori che Esposito riconduce a questa *Italian Theory* e, ancor di più, i caratteri comuni che Esposito individua, o, meglio, a partire dai quali ricostruisce questa tradizione di pensiero italiana (vita, storia, conflitto), hanno infatti costituito altrettanti oggetti di interrogazione e di interlocuzione per un altrettanto risalente filone della cultura giuridica patria. C'è, in altri termini, una *Italian Theory* specificamente giuridica che in parte coincide (penso a Vico ed a Cuoco) con la galleria di autori allestita nel volume, in parte invece la integra e presenta a sua volta sviluppi propri, per molti versi distanti da quelli ai quali perviene, secondo Esposito, quella tradizione nel tardo Novecento. Se infatti per Esposito i frutti novecenteschi di quella tradizione culturale sono più evidenti nei percorsi dell'operismo, del femminismo della differenza, del pensiero debole e della biopolitica, in campo giuridico mi sembra si possa dire che, specialmente nel terzo quarto di Novecento, quei temi costituirono infatti terreno privilegiato di riflessione per i giuristi che si rifecero alla prospettiva dell'esperienza giuridica. Questo approccio agli studi giuridici infatti sviluppò una riflessione profonda sui temi dei rapporti fra storia e diritto e tra diritto e conflitto, a loro volta calati nella più generale questione della crisi dello Stato e della statualità del diritto, pervenendo ad esiti che ancora oggi possono essere di forte interesse per gli studiosi di diritto.

### 3. Le sollecitazioni che questa tradizione di pensiero offre agli studiosi di diritto costituzionale

Quanto alle ragioni che inducono a suggerire la lettura di *Pensiero vivente* a chi, tra gli studiosi di diritto e di diritto costituzionale in particolare, sia interessato a ragionare attorno al proprio ruolo e agli oggetti e metodi del proprio studio, mi sembra che a sollecitare attenzione verso il libro di Esposito sia innanzitutto lo statuto interdisciplinare su cui poggia, come e più di altri rami del diritto, il diritto costituzionale. Nessuno infatti, neppure il più formalista dei giuristi nega l'importanza della storia, salvo poi trovarla ridotta nelle trattazioni ad introduzione quando non ad ornamento. A chi scrive invece hanno insegnato che non può studiarsi diritto costituzionale se non leggendolo, come ogni altro fenomeno giuridico, in quanto immerso nella storia ed al contempo parte delle più complessive dinamiche culturali che connotano i diversi momenti storici, e questa interdisciplinarietà non può dirsi soddisfatta antepoendo alle trattazioni primi capitoli che contengono introduzioni storiche, per poi passare ad affrontare da tecnici un determinato problema. In questa prospettiva, mi sembra che si possa riscontrare una vicinanza tra i caratteri qualificanti la tradizione di pensiero che Esposito ricostruisce e un'idea, un metodo di studio del diritto che ha profonde radici nella stessa cultura giuridica italiana e che mi sembra ritrovi una sua peculiare efficacia dinanzi alle dinamiche in atto.

I caratteri che connotano la linea di pensiero dipanata da Esposito mi appaiono, in altri termini, d'indubbio rilievo per chi oggi, dinanzi alle dinamiche giuridiche e istituzionali in atto, si occupa di diritto in una prospettiva storico-comparativa e per chi è intenzionato a riflettere sul ruolo sociale del giurista quale interprete della convivenza e della coscienza sociale. Quella tradizione di pensiero, infatti, come già accennato, si dimostrerebbe più attrezzata di altre a entrare in contatto con alcuni degli elementi caratterizzanti il tempo in cui prende forma, in quanto capace di operare uno «*sdoppiamento dello sguardo – puntato insieme sull'attualità più bruciante e su dispositivi di lungo e anche lunghissimo periodo*»<sup>[12]</sup>, rivelandosi dunque un pensiero posturalmente comparativo, in senso diacronico e in senso sincronico, ed al contempo interdisciplinare. Rileva inoltre, il carattere civile<sup>[13]</sup>, ma non nazionale di quella tradizione intellettuale, che esprime una sua territorialità senza limitarsi all'interno dei confini, innanzitutto culturali, di uno stato nazione oggi sempre meno capace di spiegare e di regolare le dinamiche in atto. Altrettanto rilevante risulta la componente critica di quel pensiero, segnato da un «*rapporto teso e sempre agitato con il potere*»<sup>[14]</sup>, e la sua tendenza a tematizzare il conflitto non come una patologia da risolvere, possibilmente una volta per tutte, ma come un fattore potenzialmente costruttivo e trasformativo, indicando percorsi di ricostruzione della convivenza all'interno di comunità capaci di modificarsi nella composizione loro e dei loro valori costitutivi. E ancora, ritengo utile raccogliere il suggerimento espositiano a non separare eccessivamente pensiero e letteratura (cfr. le pagine dedicate a Leopardi, 111-123, ed a Pasolini, 192-206), approfondendo gli spunti che possono venirne per uno studio anche del diritto quale fenomeno in primo luogo culturale.

Peraltro, insistere sullo statuto interdisciplinare su cui poggia il diritto, e su cui tanto più dovrebbe poggiare il diritto costituzionale, sui rapporti che questo intrattiene con la cultura, la filosofia, la storia, ma anche con la politica – non vuol dire smarrire la consapevolezza che esso non si riduce a nessuna di queste altre discipline e neppure alla loro risultante, e che dunque non si riduce la scienza giuridica alla sua storia. Si tratta piuttosto di ribadire per un verso la storicità del diritto, che «*è sinonimo di mutevolezza e non di conservazione*»<sup>[15]</sup> e dunque che la trasformazione dei suoi oggetti non implica l'esclusione del carattere scientifico della conoscenza giuridica<sup>[16]</sup>; per altro verso si tratta invece di sottolineare che i rapporti tra il diritto costituzionale e questi altri saperi si rivelano tanto più importanti proprio in questi tempi di crisi, evitando al giurista di incorrere negli opposti estremismi di un formalismo e di un antidogmatismo esasperati.

In secondo luogo, quella linea di pensiero che Esposito indaga prevalentemente sul terreno della filosofia e della filosofia politica in particolare, ha avuto, come già accennato, un proprio specifico svolgimento sul terreno del pensiero giuridico. Colpisce dunque la disattenzione dell'opera rispetto al versante prettamente giuridico di sviluppo della tradizione culturale italiana, anche perché quella tradizione giuridica risulta anche essa fortemente segnata da quei già richiamati caratteri comuni che secondo Esposito qualificano l'*Italian Theory*: una certa indipendenza dall'orizzonte della statualità, un approccio storicistico e una matura consapevolezza dei rapporti tra storia e vita come *bios*.

È attiva infatti in Italia tra il Seicento e l'Ottocento una cultura giuridica che poggia su una tradizione storicistica che favorì il permanere di una «*concezione contenutistica della scienza*», il cui *proprium* consistette «*nella consapevolezza che per conoscere il diritto bisogna conoscere la vita e la storia*» e per la quale «*il principio della statualità del diritto risultò piuttosto una formula di comodo, tramandata di testo in testo, anziché essere profondamente sentita*»[17]. Questo storicismo caratterizzante la tradizione giuridica italiana – inaugurata alla metà del Cinquecento nel quadro dell'umanesimo giuridico dal milanese Andrea Alciato e che ebbe la sua più compiuta espressione nella cd. scuola storica napoletana del diritto (D'Alessandro, D'Andrea, Vico, Gravina, Giannone, Delfico, Manna, Cenni, solo per citarne i principali esponenti), ma che non di meno conobbe sviluppi anche in Toscana e Piemonte[18] – operò inoltre «*sempre come limite all'arbitrio, insistendo [...] sul riconoscimento del carattere non artificiale delle istituzioni umane, sul rapporto tra il diritto e la vita*»[19].

Un filo rosso, riconoscibile anche se magari non codificato, di questa corrente del pensiero giuridico può individuarsi nei molteplici e diversi ritorni alla cultura e all'esperienza caratterizzanti la tradizione romanistica[20], ed al suo radicarsi nel *mos italicus*, in un umanesimo giuridico che coltiva l'idea del *Corpus iuris* come di un diritto vivo, inteso a soddisfare esigenze sempre nuove. Questa cultura giuridica trovò alimento nello storicismo e nel vichismo della scuola storica napoletana, ma ebbe non di meno importanti esponenti anche in altri quadranti (penso a Cattaneo e a Romagnosi); che, infine, mette a tema in tanta parte della costituzionalistica preunitaria – successivamente liquidata dalla *herrschende Meinung* postorlandiana, come poco 'scientifica' – quella tendenza alla contaminazione con altri saperi che invece nella riflessione espositiana diviene un elemento di forza della cultura italiana. E in questa prospettiva, per quanto concerne il ventesimo secolo, e riservandomi di tornare fra breve sugli esiti novecenteschi di questa tradizione giuridica patria, meritano anche di essere ripresi e discussi – non solo dai filosofi e dagli storici, ma anche dai costituzionalisti, innanzitutto per quanto concerne le questioni riguardanti l'educazione giuridica e il ruolo del giurista come intellettuale – anche autori quali Gentile e Gramsci, riscoprendone complessità e profondità.

Infine, mi sembra si possa dire che il libro di Esposito, letto con gli occhiali del giurista, offre oggi importanti sollecitazioni a ragionare criticamente attorno a quella che a me pare una persistente esterofilia della cultura italiana e, per quel che qui interessa, della cultura giuridica italiana almeno nelle sue dottrine dominanti – filofrancesi nell'800, filotedesche nel '900 e che appaiono sempre più filoanglosassoni oggi.

Un segnale in tal senso mi sembra venga dalla tendenza a concentrare la valutazione della qualità della ricerca e i finanziamenti, peraltro in tempo di vacche magrissime, su programmi di internazionalizzazione che si traducono in indici bibliometrici ed in iniziative volte a diffondere acriticamente la lingua inglese nell'insegnamento universitario, nei corsi specialistici e nelle pubblicazioni delle ricerche, trascurando che quella italiana è «*lingua di cultura*», lingua cioè «*associata a una lunga storia, una grande tradizione culturale, una vasta reputazione internazionale*»[21], e smarrendo in tal modo la specifica dimensione territoriale che caratterizza alcune aree di ricerca. Nondimeno, a richiamare il rischio che simili tendenze si traducano non tanto in un'apertura all'esterno

della cultura accademica italiana, ma al contrario in una sua svalutazione non sono solo assemblee di professori *enragés*, ma istituzioni come l'Accademia Nazionale dei Lincei, la quale – in una mozione riguardo i «*Criteri di valutazione della ricerca scientifica nelle <<Scienze morali>> con riferimento all'attività dell'ANVUR*», approvata il 20 aprile 2012, dalla Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia – ha espresso molteplici perplessità riguardo il ricorso ad indicatori bibliometrici che «*registrano quasi esclusivamente le pubblicazioni su riviste in lingua inglese, senza tener conto ... della natura specifica e dell'oggetto di studio di alcune discipline*». Questi indicatori – peraltro oggetto «*di critiche e di profondi ripensamenti*» negli stessi Paesi nei quali essi sono stati ormai da tempo adottati – rischiano infatti, se applicati indiscriminatamente in tutti i settori disciplinari, di favorire una «*iperspecializzazione ... incompatibile con l'esigenza di una interazione tra saperi*» e di premiare le opinioni prevalenti, maggioritarie, favorendo il conformismo culturale e squilibrando «*la rappresentanza dei molteplici indirizzi e delle varie dottrine*»[\[22\]](#).

Questo atteggiamento ha spesso condotto a svalutare una tradizione culturale importante come quella italiana, ed oggi la crescente attenzione che quella tradizione riscuote in altri quadranti potrebbe invece operare in termini di retroazione, offrendo l'occasione per riscoprire e rimettere a valore quel pensiero – magari proprio con una sorta di *senno del post*, che metta a confronto le più risalenti e tradizionali interpretazioni nazionali di quel pensiero con le più recenti letture provenienti d'oltreoceano, alla ricerca in entrambe degli spunti più fecondi.

#### 4. *Gli sviluppi di quella tradizione di pensiero nella cultura giuridica italiana del Novecento. L'esperienza giuridica*

Come già accennato, quella linea di pensiero che Esposito ricostruisce nei capitoli II-IV non conduce solo agli esiti filosofici che l'autore traccia nel quinto e ultimo capitolo della sua opera[\[23\]](#), ma conosce peculiari sviluppi nella cultura giuridica italiana, la quale nel corso del Novecento ha variamente fatto tesoro di quella tradizione di pensiero, in primo luogo ad es. tornando a riflettere sull'insegnamento vichiano e in particolare sul Vico *iurisconsultus*, e muovendo da essa ha maturato approcci orientati ad una rifondazione realistica ed antiformalistica degli studi giuridici quali reazioni al formalismo e al giuspositivismo allora dominanti. Penso ad es. ai filoni dell'istituzionalismo, ma soprattutto penso alla prospettiva dell'esperienza giuridica[\[24\]](#), sulla quale si rifletterà nelle pagine che seguono e che mi appare quella che più di altre conserva e sviluppa un dialogo con tanta parte della linea di pensiero ricostruita da Esposito, sviluppi a loro volta fortemente connessi e variamente debitori verso quel pensiero, tanto filosofico quanto giuridico, precedentemente richiamato.

Prestare attenzione oggi alla prospettiva dell'esperienza giuridica – in particolare per la capacità che essa esprime, come vedremo meglio tra breve, di connettere l'interrogazione sul metodo alla questione della responsabilità del giurista e di porre la storia e il conflitto al centro della propria visione del fenomeno giuridico – può essere utile per far ripartire una riflessione sul ruolo del giurista dinanzi alla complessità oggi caratterizzante i terreni della riflessione costituzionalistica[\[25\]](#). Le sollecitazioni provenienti dagli studi sull'esperienza giuridica possono infatti favorire il recupero di un approccio storico-comparativo[\[26\]](#) e riflessivo, criticamente e non apologeticamente attento alla storia del pensiero giuridico, dinanzi alla torsione formalista che si registra in molte versioni della recente costituzionalistica, torsione peraltro la quale, laddove in passato trovava una ragion d'essere in esigenze concrete, oggi non di rado appare fine a se stessa: in grado di registrare la crisi in atto e i conflitti che a essa retrostanno[\[27\]](#), ma talvolta poco capace di valorizzare l'argomentazione giuridica quale strumento

per la regolazione, la composizione di questi conflitti.

In questa chiave, la tradizione culturale italiana ricostruita in *Pensiero vivente* mette a disposizione una bibliografia, una vicenda culturale, inevitabilmente parziale ma indubbiamente stimolante per un giurista il quale ritenga che le dinamiche in atto richiedono un allargamento dello sguardo, del campo del diritto, delle relazioni che si ritengono rilevanti tra fenomeno giuridico e altri fenomeni sociali. Allargamento che – in altro contesto spazio-temporale – ha costituito una delle ragioni di affermazione, tra gli altri, del filone dell'esperienza giuridica dinanzi alle difficoltà che con sempre maggiore evidenza incontravano gli approcci formalisti e giuspositivisti fino ad allora prevalenti a cogliere la dimensione intrinsecamente umana e problematica, conflittuale, del diritto e il «concreto movimento della vita sociale»[28].

##### 5. *L'esperienza giuridica, un pensiero vivente*

Come già rimarcato, oggetto di queste pagine non è una valutazione dell'operazione *Italian Theory* come tale, il volume di Esposito costituendo piuttosto l'opportunità, per molti dei temi e degli autori che affronta, per tornare a ragionare su quel filone dell'esperienza giuridica che ha molto riflettuto su quei temi e su quegli autori dal punto di vista degli studi di diritto. Al contempo, far risaltare i possibili terreni d'interlocuzione tra *Italian theory* ed esperienza giuridica, non vuol dire trascurare non solo la diversità di esiti dei due itinerari culturali, ma neppure le differenze anche profonde tra questi. Mi limito a questo riguardo a rilevare che, laddove la riflessione espositiana sembra voler rinverdire una filiera culturale nazionale, rispetto ad altre tradizioni di pensiero fino ad ora prevalenti, rimarcandone al contempo una serie di aspetti qualificanti, l'esperienza giuridica tende piuttosto a riconoscere a quella filiera la stessa dignità riconosciuta al pensiero maturato in altri quadranti, insistendo piuttosto, specie in alcuni esponenti, su una sostanziale unità del pensiero europeo[29]. Ciò non di meno, quel che qui interessa è rilevare come – ciascuna secondo propri approcci, percorsi ed esiti – la prospettiva dell'esperienza giuridica e la *Italian Theory* espositiana convergano attorno una serie d'interrogativi che appaiono di assoluto rilievo dinanzi alle dinamiche in atto anche per gli studiosi del diritto costituzionale: storia, linguaggio, ideologia (i rapporti tra politica e diritto, la responsabilità del giurista), conflitto.

Riguardo la storia – questione la quale, come quella del linguaggio, attiene ad una prossimità tra esperienza giuridica e la ricostruzione di Esposito riguardante il piano del metodo più che quello delle proposte sostanziali – oltre quanto già si è detto, mi limiterei ad aggiungere che l'esperienza giuridica e la traiettoria intellettuale ricostruita in *Pensiero vivente* condividono in fondo una critica della filosofia della storia, delle sue grandi narrazioni e del loro portato deterministico, di una concezione della storia basata su un ideale di conoscenza modellato sulle scienze naturali che espropria l'uomo della sua dimensione propria e che appare guidata da nozioni quali processo, progresso, sviluppo. *Italian Theory* ed esperienza giuridica condividono, in altri termini, un tentativo di contrasto di quello che Alessandro Giuliani chiama il «secondo storicismo». Laddove infatti il «primo storicismo», lo storicismo del *Beruf savignyano*, «non pretende di ricostruire la storia in sé, ossia respinge ogni metodo di ricerca oggettivo e assoluto» ed espunge «ogni elemento giusnaturalistico, ossia qualsiasi spunto dell'idea di 'piano', di 'evoluzione'», questo secondo storicismo - nato dall'incontro tra il pensiero di Hegel ed il positivismo di Comte e che mutua dal razionalismo cartesiano l'idea e dunque la «credenza che la nostra mente fosse capace di spiegare se stessa e le leggi del suo sviluppo passato e futuro» - «mira alla scoperta di 'leggi'

*e vuole essere 'scientifico'»: aspira alla previsione storica. Non è interessato alla storia «che gli individui singoli determinano con la loro azione e la loro condotta», nel passato come nel presente, «attraverso una infinita serie capillare di rapporti giuridici, economici e politici», bensì ad una storia di «stadi 'necessari' della mente umana», per la quale vi è un «unico svolgimento possibile»[30].*

Riguardo il linguaggio, come già accennato, Esposito marca una distanza tra le prevalenti tradizioni filosofiche europee (inglese, francese e tedesca) – le quali convergono nel muovere da un primato del linguaggio il quale tuttavia, «vista l'irrimediabile frantumazione nei suoi dialetti [...] dichiara [...] una inabilità strutturale a formulare modelli di razionalità universali o universalizzabili» – e quella filiera culturale italiana oggetto del suo volume, la quale invece tematizzerebbe una natura originaria del linguaggio situandolo in un orizzonte più ampio, nel quale se ne mette in discussione il «primato trascendentale» ricostruendone al contempo «la relazione che lo lega da un lato alla falda biologica della vita e dall'altro all'ordine mobile della storia»[31]. Questa idea, di evidente ascendenza vichiana, circola anche nelle riflessioni dei giuristi italiani in materia di esperienza giuridica, i quali in vario modo sottolineano che il linguaggio è il senso stesso della ragione giuridica, al contempo evidenziando come il linguaggio giuridico costituisca un punto forte di emersione dei conflitti[32]. E oggi la ripresa degli studi di giuristi su metafore, finzioni, retorica e argomentazione costituisce un segnale appunto di una riscoperta dell'idea che la ragione giuridica procede prima di tutto come linguaggio.

Riguardo la questione del conflitto, e il rapporto tra crisi e conflitto, sfidante per un giurista, indipendentemente dal fatto che Esposito la risolva o meno[33], è l'idea di conflitto che trapela dal pensiero degli autori indagati in *Pensiero vivente*: di un conflitto che non mette in pericolo la vita, ma che tiene in vita e garantisce lo sviluppo. Questa visione del conflitto cioè come qualcosa che non distrugga bensì sostenga, dia impulso alla (e mantenga aperta la) dinamica sociale, politica e dunque anche costituzionale, impone evidentemente una riflessione critica sul ruolo del diritto e dei giuristi nel far emergere e nel mettere a tema il conflitto. Far emergere il conflitto dunque per un giurista vuol dire anche studiare il diritto in un modo diverso, leggerlo nella sua storicità, fare i conti con il fatto che l'oggetto delle proprie conoscenze è in perenne mutamento, considerare, come già accennato, lo stesso linguaggio giuridico come un punto forte di emersione dei conflitti, investire sulle capacità del diritto di rendere virtuoso il conflitto come ordine della comunità e sulle attitudini trasformative e non distruttive del conflitto stesso. Torna dunque, anche da questo punto di vista la ricchezza della prospettiva dell'esperienza giuridica, perché è la conflittualità a segnare qualitativamente il mondo umano dell'esperienza, che è mondo di azioni, scambi, passioni, interessi, valutazioni e dunque di fisiologici contrasti e conflitti[34].

Storia, linguaggio e conflitto, nella prospettiva dell'esperienza giuridica, costituiscono dunque la cifra caratterizzante il lavoro di un giurista che muove da una visione del diritto controversiale ed in continua trasformazione, e questa visione chiama a sua volta in causa un'idea di giurista e del suo agire niente affatto neutrale dal punto di vista assiologico, ma quale soggetto le cui opzioni di metodo e di merito testimoniano e traducono altrettante scelte etiche.

Di qui la connessione tra i nodi *supra* richiamati in ordine ai rapporti i rapporti tra politica e diritto e le questioni attinenti la responsabilità del giurista, le quali a loro volta rinviano alla capacità del giuridico di esprimere principi e valori propri, e dunque di connotarsi autonomamente rispetto ad altre esperienze e in particolare a quelle politiche ed economiche[35]. La scienza giuridica – volendo difendere la sua autonomia dalle altre scienze sociali, innanzitutto esprimendo valori suoi propri – non può trascurare un'assunzione di responsabilità da parte del giurista, assunzione che si traduce in primo luogo in rigoroso impegno intellettuale. Parlare dunque di responsabilità del giurista vuol dire anche rendersi consapevoli che ogniqualevolta questi opera, opera sempre muovendo da criteri molteplici e controversi e dunque le sue operazioni non possono dirsi *wertfrei*, neutrali da un punto di vista assiologico. Per quanto

formalizzate, per quanto ripetitive di un modello, le sue scelte non possono non esprimere una loro eticità, e con essa l'ideologia alla quale ogni studioso sceglie di far riferimento.

Le connessioni ora richiamate tra responsabilità, etica del giurista e le sue opzioni di metodo traspaiono vividamente nella prospettiva dell'esperienza giuridica, tanto nella sua genealogia quanto nei suoi contenuti.

Da una parte infatti i diversi itinerari percorsi dagli studiosi che si sono richiamati ad un approccio 'esperienziale' costituiscono altrettanti tentativi di fare i conti, culturali ed etici al contempo, con le crisi, non solo del diritto, che questi studiosi si trovano a vivere; e questo direi è particolarmente evidente nella riflessione capograssiana, specie nelle opere degli anni Trenta[36], in quella che Renato Treves matura nell'esilio argentino e nell'immediato dopoguerra[37], così come nei differenti itinerari che percorreranno a partire dalla metà degli anni Cinquanta Giuliani ed Orestano[38], pur tuttavia convergenti nel mondanizzare, rispetto a Capograssi, la nozione di esperienza giuridica dirigendola verso prospettive «riformistiche», il primo forse più interessato ai rapporti tra diritto ed economia[39], il secondo, come vedremo tra breve, a quelli tra diritto e politica.

D'altra parte, questo intreccio di ideologia, responsabilità e scelte di metodo costituiscono oggetto di specifica interrogazione nella riflessione di questi giuristi, come risalta in particolare dalla traiettoria intellettuale di Riccardo Orestano[40], il quale, specialmente nei lavori degli ultimi anni, esprime un forte orientamento etico e si sofferma ripetutamente sul tema della responsabilità del giurista, da una parte insistendo sui segni che le peculiarità ideologiche lasciano sulle singole realtà storiche oggetto di studio, e dall'altra, e forse con maggior forza, sul ruolo che le opzioni ideologiche del singolo giurista giocano nella ricostruzione del reale che egli effettua: sul comportare la posizione che i diversi giuristi assumono nello studiare un dato argomento «una sua propria carica 'ideologica'» e sul collocarsi Orestano in quella «posizione mediana» tra «immedesimazione» e «rifiuto» orientata verso un «'vaglio critico'» che «esprime la fiducia o la necessità di operare entro il 'sistema', per modificarlo dall'interno». Un 'vaglio' che permette di «svolgere una sorta di 'intermediazione' fra la 'esperienza' quale «è» e l'esperienza quale che si vorrebbe che fosse: un'opera in cui si proiettano esigenze, aspirazioni, idealità, anche di vario segno, ma pur sempre destinate – almeno nelle intenzioni – ad 'incidere' sulla esperienza del presente»[41].

## 6. Cenni conclusivi

I filoni dell'esperienza giuridica e dell'istituzionalismo (sul quale tuttavia qui non mi soffermo, se non per questo rapido raffronto con l'approccio dell'esperienza giuridica), con un forte investimento sulla socialità del diritto e dunque su una visione pluralistica del fenomeno giuridico, hanno costituito forse le più articolate risposte agli interrogativi che tra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta del Novecento ha sollevato la crisi dello Stato e della statualità del diritto, ed all'insoddisfazione verso le risposte che a quella crisi venivano dal kelsenismo e dal giusnaturalismo. Diversi studiosi hanno evidenziato i convergenti tentativi di reazione realistica ed antiformalistica operati da questi due approcci allo studio dei fenomeni giuridici[42], ma anche i diversi piani sui quali questi si sono mossi: chi sottolineando la via più filosofica del primo rispetto a quella più scientifica del secondo (Fassò); chi il diverso modo di intendere il pluralismo del giuridico (Opocher); chi la diversa tendenza e tensione ad approntare sistematiche più o meno aperte o chiuse (Treves); chi, infine, il diverso rapporto con «l'attività di scientia iuris» (Orestano)[43].

La prospettiva istituzionalista ha trovato e conservato un proprio spazio negli studi di diritto pubblico, tanto sul versante amministrativo quanto su quello costituzionale. Non solo si sono affermati specifici approcci neoistituzionalisti[44], ma il pensiero romaniano continua anche a costituire a tutt'oggi un interlocutore ed un oggetto di interrogazione anche per studiosi di diverso orientamento, come testimoniano non solo i convegni e gli studi dedicati a quella riflessione, ma anche, e forse soprattutto, i riferimenti a quelle elaborazioni presenti negli studi odierni, il continuare a fare i conti con esse in relazione ai diversi temi con i quali oggi si confrontano i giuristi.

Così non è stato per il filone dell'esperienza giuridica, alla quale invece gli studiosi di diritto pubblico non dedicano altrettanta e diffusa attenzione. Indubbiamente alcune istanze di quell'approccio risultano oggi patrimonio circolante tra quei giuristi i quali, pur portatori di approcci e sensibilità diverse, non riducono il diritto a mera tecnica: penso ad es. alla consapevolezza riguardo l'importanza della storia e di uno studio storico del diritto, ma penso anche all'attenzione riguardo la struttura logica del ragionamento giuridico, ai suoi profili argomentativi e confutatori. Quella prospettiva tuttavia non ha fatto scuola – o meglio, non ha lasciato 'scuole'[45] – e non ha avuto successo di essa il nesso forte e diretto tra assiologia e ragionamento giuridico, che essa mette a tema, ossia proprio l'idea di un diritto per il quale le situazioni conflittuali anziché tendere alla distruzione della comunità, possono assicurare ad essa vitalità e consistenza, qualora siano riconosciute come una questione controversa, ossia come occasione di discussione ed elaborazione intorno all'importanza e al valore di un'esperienza o fatto sociale[46].

La crisi oggi in atto è crisi innanzitutto dell'economia e dei rapporti tra questa e la politica. Nel caso italiano tuttavia questa crisi ha importanti ricadute sul piano sociale e civico: sulla già precaria convivenza nella comunità e sulla sua già fragile identità civica, su uno Stato più clientelare e assistenziale che sociale ed in un Paese nel quale ritorna inesausta una questione morale, a volte come tragedia, a volte come farsa.

Dinanzi a tale contesto, ed ai limiti che evidenziano i tradizionali strumenti e approcci del diritto costituzionale, la prospettiva dell'esperienza giuridica meriterebbe di essere recuperata e attualizzata proprio in ragione della centralità che occupa in essa l'idea che il diritto è terreno di lotte tra interessi, di diverse valutazioni; per la sua capacità di mettere a tema i rapporti diritto e conflitto/i, e tra un diritto inteso in senso ampio, fenomeno storico-sociale complesso, ed un conflitto inteso in termini non distruttivi ma al contrario vitali, occasione di iterazioni democratiche, di lotte tra interessi, di discussione ed elaborazione intorno all'importanza e al valore di un'esperienza o fatto sociale. Ed è proprio da questa visione trasformativa e non distruttiva del conflitto di cui è portatrice la prospettiva dell'esperienza giuridica, che oggi può venire un contributo per gli studiosi del diritto costituzionale facendone anzi oggetto di una riflessione critica all'interno di una visione tanto realistica quanto aperta, oltre che di un'interrogazione riguardo ruolo e responsabilità del giurista.

Peraltro, non si tratta oggi di fare il *laudator temporis acti*, quanto piuttosto di tentare di rimettere al lavoro la prospettiva dell'esperienza giuridica, anzi di raccoglierne gli spunti maggiormente fecondi in un campo nel quale ha trovato ben scarsa applicazione e con la consapevolezza che l'attuale contesto non è quello nel quale esso si radicò e sviluppò; provare a riprendere fili di quell'ordito senza farne un canone rigido[47] e trovando il modo di starci al contempo 'dentro e fuori', conservando la consapevolezza che non solo le questioni sostanziali ma anche quelle attinenti l'adozione di un metodo piuttosto che di un altro sono storicamente condizionate, e che storicamente condizionata è la stessa scienza[48]. Anche la nozione di esperienza giuridica, dunque, come molte nozioni giuridiche, non può che trovare per via dialettica un suo contingente chiarimento, adeguandosi al quadro di interessi e valori che incontra in un dato contesto spazio-temporale. Non si deve dunque neppure esagerare riguardo

l'attualità della prospettiva dell'esperienza giuridica[49]. Non s'intende sostenere che tale prospettiva – per quanto sicuramente più efficace dei positivismi, legislativi o giurisprudenziali, e dei più moderni giusnaturalismi – sia quella, per qualità intrinseche, più adeguata a cogliere le attuali dinamiche del giuridico. È piuttosto, lo si ribadisce un'ultima volta, la sua disponibilità a fare i conti con la complessità e la dinamicità del fenomeno giuridico, strettamente correlata ad una costante interrogazione sulla responsabilità del giurista (che è e rimane comunque un fatto individuale, che attiene, prima che alle opzioni di metodo, alle scelte personali, all'idea che ognuno ha di sé e del proprio esserci) che oggi inducono chi scrive a ritenerla feconda di sollecitazioni e sfidante.

Oggi, in un quadro assai differente, il diritto costituzionale attraversa una crisi che tocca ancora portati fondamentali del positivismo quali la statualità del diritto e la distinzione/separazione tra scienza e tecnica. Non si tratta dunque di scrivere 'sulla' crisi, che è già divenuto un canone, ma 'dentro' la crisi, individuando quali tra gli strumenti forgiati dalla prospettiva dell'esperienza giuridica siano ancora utili; riprenderne le suggestioni che ci appaiono più stimolanti, a partire dalla visione del diritto come controversia, del diritto dunque come terreno di lotte e di conflitti; dalla sua capacità di connettere l'interrogazione sul metodo alla questione della responsabilità del giurista; dalla maggior capacità di questa visione, derivante appunto dalla sua lettura del diritto come controversia, di leggere il fenomeno giuridico nelle sue coordinate temporali e spaziali. Si tratta in altri termini di rimettere a valore nei singoli studi e lavori, così come nell'insegnamento, una lettura che insista sul carattere umano, problematico e conflittuale del fenomeno giuridico e, di conseguenza, sulle relazioni che legano il diritto alla storia, alla filosofia, alle altre scienze sociali ed umane ed alle diverse espressioni culturali dell'epoca nella quale esso si dispiega.

Recuperare alla riflessione giuridica, non solo sul metodo ma anche sui singoli temi, attenzione verso le legature che connettono il fenomeno giuridico a storia, linguaggio e, soprattutto, conflitto ovviamente non esaurisce gli interrogativi che oggi il giuridico si trova ad affrontare e non basta a individuare una via d'uscita dalla crisi di un diritto, e di un diritto costituzionale in particolare, che appare sempre più stretto fra dommatiche sterilmente inalterate. Un simile recupero può contribuire oggi a immaginare alternative più che alle visioni sistematiche del diritto, alle visioni del diritto come di un sistema chiuso. Queste pagine del resto non pretendevano affatto di sciogliere simili nodi, accontentandosi piuttosto di riproporre interrogativi. «*Prima delle soluzioni indicate contano le questioni dibattute*», per dirla ancora con Orestano[50], e, forse, ricominciare a discutere attorno tali questioni (e tale è stato il seminario ricordato nell'introduzione e che ha originato queste pagine) è già un pur debole segnale di una ripresa di attenzione.

[1] Queste pagine riprendono e sviluppano un intervento originariamente apparso sul blog *diritticomparati.it*, intervento il quale a sua volta ha costituito la traccia per introdurre un seminario svoltosi su questi temi il 6 luglio 2012 presso la sezione di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma La Sapienza. Oltre all'intervento sul *blog* ed al seminario svoltosi nell'ateneo romano, utili sollecitazioni nello sviluppare gli argomenti qui affrontati sono venute da un precedente seminario, organizzato nell'ambito del dottorato perugino di «Diritto pubblico e Costruzione delle tradizioni giuridiche» («Riccardo Orestano — Alessandro Giuliani. Un confronto su studio storico e studio filosofico dell'esperienza giuridica», Perugia, 16 novembre 2011).

[2] Cfr. ad es., tra i più recenti lavori, F. Cusset, *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Co. all'assalto dell'America*, Milano, il Saggiatore, 2012.

[3] Tra gli esempi che lo stesso Esposito porta nel libro e in un più recente articolo apparso su *la Repubblica (Il made in Italy della filosofia*, 24 febbraio 2012, p. 53), ricordo il convegno organizzato

nell'ottobre 2010 dalla rivista «Diacritics» alla Cornell University (*The Common in Contemporary Italian Thought*) e quello svoltosi all'università del Massachusetts (*Italian Social Theory*); la pubblicazione del volume collettaneo *Italian Difference* (Melbourne 2009), della rivista *Angelaki* (Routledge 2011) su *Italian Thought Today*, degli Annali di Italianistica 2012 di Chapel Hill su *Italian Critical Theory* ed il fascicolo 1/2012 di *Law, Culture and the Humanities*, dedicata in gran parte ad un simposio sul lavoro dello stesso Esposito.

[4] Di Edward Said si veda almeno *Culture and Imperialism* [1993], la cui traduzione italiana [Gamberetti, Roma, 1998] è curata da due importanti studiosi gramsciani: G. Baratta e J. Buttigieg. Tra i più recenti studi americani su Gramsci, v. inoltre J. Francese (ed.), *Perspectives on Gramsci. Politics, Culture and Social Theory* [2008] e M. Green, *Rethinking Gramsci* [2011]. Su Vico, peraltro, si registra oltreoceano una crescente attenzione, come testimonia la pubblicazione sin dai primi anni '80 della rivista *New Vico Studies. The Journal of the Institute for Vico Studies* (Emory University) e, in campo prettamente giuridico, il fascicolo della *Chicago-Kent Law Review* vol. 83 n. 3 (2008), curato da Francis J. Mootz III e contenente gli atti del convegno: *Recalling Vico's Lament: the Role of Prudence and Rhetoric in Law and Legal Education*.

[5] Attenzione che secondo taluno si spiegherebbe tenendo conto che «il mondo accademico degli Stati Uniti, in modo specialissimo quello delle Humanities, [è] bulimicamente affamato di "teorie" generali che gli permettano di leggere il mondo in modo per così dire "critico" e "antagonistico"» e dunque l'Italian Theory non sarebbe che un «nuovo combustibile al radicalismo dell'Ivy League». Così E. Galli Della Loggia, *L'anticapitalismo all'Italiana*, *Corriere della sera*, 29.2.12.

[6] R. Esposito, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, Einaudi, 2010, p. 3.

[7] Cfr. *ivi*, pp. 6-9.

[8] *Ivi*, p. 12.

[9] Cfr. *ivi*, pp. 20-33.

[10] *Ivi*, p. 25.

[11] Lo stesso Esposito peraltro, *ivi*, p. 14, rimarca come questa qualificazione territoriale della tradizione culturale che indaga non riguardi tanto «uno spazio geograficamente determinato [...] quanto piuttosto un insieme di caratteristiche ambientali, linguistiche, tonali che rimandano a una modalità specifica e inconfondibile rispetto ad altri stili di pensiero».

[12] R. Esposito, *Pensiero vivente*, cit. p. 6.

[13] Cfr. per tutti E. Garin, *L'Umanesimo italiano. Filosofia e vita civile nel Rinascimento*, Bari, Laterza, 1952.

[14] R. Esposito, *Pensiero vivente*, cit. p. 21.

[15] Così G. Repetto, *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. Cerrone e G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 559.

[16] R. Orestano, *Il 'metabolismo' dei giuristi* (1981), ora in Id., *Scritti, Sezione prima. Saggistica*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1998, pp. 1897 ss., evidenzia due caratteristiche della *scientia iuris* odierna, che si

avvia «a concezioni gradatamente più ampie e complesse» (p. 1901): da una parte «il continuo allargamento dei confini», allargamento – ‘talvolta mal tollerato’ – che porta con sé un moltiplicarsi degli sconfinamenti (*ibidem*) e che impone al giurista di adattare gli strumenti di cui dispone ed eventualmente di fabbricarsene di nuovi: «tractant fabrilia fabri» (p. 1903); dall’altra il moltiplicarsi di ricerche sulla storia del pensiero giuridico condotte non solo da storici del diritto ma da giuristi positivi – e «non sono più le quattro «nozioni storiche» raccogliatrici che si premettevano un tempo a saggi e corsi, per sfoggio di cultura», ma ricerche animate dal «convincimento che un tale ordine di ricerche è essenziale al loro stesso procedere, per una miglior conoscenza dei temi e di se stessi» – orientate non tanto ad individuare «ascendenze» e «discendenze», quanto ad «“inquadrare” il pensiero giuridico nell’intera cultura di un’epoca» (p. 1922 s.).

[17] Così A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 105 s. Peraltro, per quanto concerne il carattere antinazionale del pensiero italiano, trascurando il versante propriamente giuridico di questo filone culturale patrio, si finisce per non prestare la dovuta attenzione al fatto che se è vero che in Germania sono stati i filosofi ad ‘inventare’ lo Stato, in Italia questo compito, come testimonia la cosiddetta svolta orlandiana, lo hanno svolto i giuristi. Cfr. ad es. G. Azzariti, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. pp. 48 ss., nonché L. Mangoni, *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 303 ss.

[18] Su questa tradizione, oltre al lavoro di Giuliani richiamato alla nota precedente, si veda R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ult. ed. Bologna, il Mulino, 1987, pp. 211 ss.

[19] A. Giuliani, *Ricerche*, cit. p. 143, il quale, a ulteriore conferma delle connessioni tra la cultura giuridica patria e la linea di pensiero indagata da Esposito, evidenzia che «[q]uando si disporrà di una storia critica del pensiero sociale del nostro paese, apparirà chiara la esistenza di una gloriosa tradizione italiana, realistica e storicistica, che dai tempi di Machiavelli e Guicciardini, attraverso l’alto insegnamento di Vico, giunge ai giorni nostri» (p. 144).

[20] Utili spunti in tal senso potrebbero venire ad es. dalla riflessione di Giuliano Crifò, nella cui parabola intellettuale risalta con evidenza questa ripresa, anzi questa continua interrogazione e attualizzazione della riflessione giuridica romana al fine di ricostruire una tradizione di pensiero e al contempo al fine di interpretare le odierne dinamiche del giuridico. V. a riguardo A. A. Cervati, *Diritto pubblico romano e studio comparativo della cultura giuridica (L’insegnamento di Giuliano Crifò)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 1/2012, pp. 1 ss.

[21] R. Simone, *Se l’Università rinuncia all’italiano*, La Repubblica, 17 aprile 2012.

[22] La mozione è reperibile all’url [http://www.lincci.it/files/dichiarazioni/Mozione\\_Anvur\\_20-4-2012.pdf](http://www.lincci.it/files/dichiarazioni/Mozione_Anvur_20-4-2012.pdf).

[23] Per un approfondimento critico degli esiti ai quali la tradizione di pensiero ricostruita da Roberto Esposito perviene a partire dagli anni Sessanta del Novecento, cfr. D. Gentili, *Italian Theory. Dall’operaismo alla biopolitica*, Bologna, il Mulino, 2012.

[24] Per E. Opocher, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 735 ss. «esperienza giuridica» è nozione ‘polivalente’ e dal significato ‘equivoco’ (cfr. il titolo del par. 1 della voce), la quale rinvia ad approcci i quali tuttavia – pur nella diversità delle origini (in campo filosofico «la linea di sviluppo della nozione di esperienza giuridica interessa una sfera culturale assai vasta che dal neoidealismo italiano si estende all’intuizionismo ed alla filosofia dell’azione francese,

dal pragmatismo anglosassone al fenomenologismo tedesco», p. 738) e dei rispettivi sviluppi (filosofico-giuridici, sociologico-giuridici, storico-giuridici) – convergono «in uno sforzo di allargamento del campo del diritto a quello dei fenomeni sociali in genere quale reazione al formalismo», «ad una più immediata consapevolezza delle dimensioni umane e quindi del carattere essenzialmente problematico del fenomeno giuridico» (p. 736). Questi approcci rispondono a simili istanze a partire da una comune «aspirazione al concreto» (p. 737) e da una condivisa reazione anti-intellettualistica dinanzi alla crisi di fine secolo e alla connessa crisi del principio della statualità del diritto, contro il quale si rivendica polemicamente la socialità del diritto e il pluralismo del giuridico, e dinanzi alla necessità, fortemente sentita dai giuristi tra le due guerre, di infrangere la «barriera segnata dal positivismo giuridico tra “giuridico” e “metagiuridico”», a favore invece di una considerazione del fenomeno giuridico «nei suoi presupposti integrali di “esperienza umana”» (p. 743). Sul ritorno a Vico nel quadro della riflessione novecentesca sulla crisi del diritto, della statualità di esso e dei suoi metodi di studio, cfr. ad es. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 24 s., il quale sottolinea come esperienza giuridica e istituzionalismo individuaron nel Nolano il loro principale precursore; ma si veda anche Silvio Trentin, che, nell’esilio francese, torna a Vico al momento della stesura de *La crise du droit et de l’État* (1935), trad. it. a cura di G. Gangemi, Roma, Gangemi, 2006. Cfr. a riguardo G. Gangemi, *Silvio Trentin, il diritto naturale e la libertà come autonomia*, in *ivi*, 7 ss.

[25] Cfr. ancora E. Opocher, *Esperienza giuridica*, cit., p. 746 e le connessioni che questo rileva tra l’affermarsi di tale nozione e la sempre maggior rilevanza assunta dal processo rispetto alla legge, la necessità di ripensare i rapporti tra giuridico e metagiuridico, o meglio i rapporti tra il diritto e le altre scienze sociali ed umane, l’interrogazione attorno i rapporti tra il diritto come fatto storico e il diritto come valore e quella riguardo il concetto di scienza giuridica e il ruolo del giurista nella costruzione dell’oggetto di questa.

[26] Sulla prossimità tra diritto comparato, beninteso quando non ridotto a modellismo, ed esperienza giuridica, v. T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, p. 172, secondo il quale «[i]l diritto comparato è sostanzialmente esperienza; è esperienza giuridica in un ambito più vasto di quella della sovranità dei vari stati. Esso permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie» (p. 172).

[27] Tra i lavori che, con diverse prospettive, mettono a tema un’interrogazione attorno i rapporti tra diritto costituzionale e conflitto mi limito qui a richiamare G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010 e, di recente, M. Dogliani, *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012.

[28] Così ancora E. Opocher, *Esperienza giuridica*, cit., p. 744.

[29] Sull’esistenza di una tradizione giuridica comune alla civiltà giuridica occidentale, cfr. A. Giuliani, del quale, oltre alle già cit. *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, p. 100 ss., si veda ad es. *I valori del diritto comune europeo nella giurisprudenza di Adam Smith*, in *Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, Giuffrè, 1994, t. II, pp. 1039 ss.

[30] Così A. Giuliani, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 29 ss. Sul secondo storicismo e sui rapporti tra questo e la scienza giuridica, cfr. spec. pp. 46 ss. sui rapporti tra storia e conoscenza giuridica – sulla storia quale «criterio-guida» per formare giuristi per i quali ogni tradizione «costituisca oggetto di continuo vaglio critico» e consapevoli al contempo della «presenza di una responsabilità che sempre accompagna il nostro operare» (p. 14) – è d’obbligo il richiamo a R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ult. ed. Bologna, il Mulino, 1987.

[31] R. Esposito, *Pensiero vivente*, cit., risp. pp. 8 e 11. Sul rapporto tra esperienza, linguaggio e storia, v. peraltro G. Agamben, *Infanzia e storia. Distruzione dell’esperienza e origine della storia*, Torino,

Einaudi, 1978, il quale, ribadita la centralità del linguaggio nella prospettiva dell'esperienza, sottolinea come il rapporto tra esperienza e linguaggio conduca a rinunciare ad un «concetto di origine coniato su un modello, che le stesse scienze naturali hanno ormai abbandonato, e che fa di essa una localizzazione in una cronologia, una causa iniziale». Un simile concetto di origine è infatti inutilizzabile nelle scienze umane «ogni volta che ciò che è in questione non è un «oggetto» che presupponga già l'umano dietro di sé, ma è invece esso stesso costitutivo dell'umano» (p. 47).

[32] Cfr. ad es. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 385 ss. (cap. XII: «Realtà», «parole», «valori» nella conoscenza giuridica), nonché Id., *Il 'metabolismo' dei giuristi*, cit., che nel raccolta *'Diritto'. incontri e scontri* (Bologna, il Mulino, 1981) costituisce oggetto dell'ultima parte del volume, intitolata «Ancora metafore» (pp. 723 ss.). Nella stessa raccolta si veda inoltre la terza parte («Breve intermezzo su linguaggio e diritto») che contiene il saggio su «Alle prese con il linguaggio dei giuristi» (pp. 265 ss.). Su tali questioni si veda inoltre A. Giuliani, *Contributi* cit., pp. 185 ss. (cap. VI, par. 1. *Il linguaggio del diritto*), nonché Id., *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, pp. 374 ss. Sui rapporti tra il diritto la storia e il linguaggio nella prospettiva dell'esperienza giuridica coltivata da Giuliani cfr. A.A. Cervati, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 213 ss.

[33] Cfr. a riguardo D. Gentili, *Italian Theory* cit., pp. 155 ss.

[34] Di conflitti, si badi bene, non di battaglie, di guerre «destinate al predominio, attraverso la sopraffazione», ma di conflitti intesi quali «persistenti contrapposizioni, [...] scelte e ripensamenti, [...] inesauste ricerche di provvisorie compatibilità». Così A. de Nitto, *Ancora su scienza e tecnica nella giurisprudenza*, in F. Cerrone e G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, cit, p. 156 s.

[35] A questo riguardo si veda ancora il Giuliani delle *Ricerche*, cit., per il quale «il diritto ha propri valori, che qualificano alcune esperienze, e solo alcune, come giuridiche» (87); valori dunque «costitutivi» (95) di tale esperienza i quali permettono di distinguere questa da politica ed economia, ma che non di meno «non sono soltanto giuridici nel senso stretto del termine, ma sono i valori morali, politici, sociali propri dell'esperienza giuridica», tra i quali il filosofo del diritto annovera «la certezza, la generalità, l'uguaglianza di fronte al diritto» i quali, presenti tanto nella cultura del *civil law* quanto in quella del *common law*, «testimoniano l'unità del diritto europeo» (pp. 163 s.).

[36] Per averne prova, basta scorrere l'indice della *Introduzione alla vita etica* (1935), ora in Id. *Opere*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 5 ss. (opera che Capograssi riteneva «effimera testimonianza dello stato d'animo d'un anonimo individuo perduto nella folla anonima di quei tempi», p. 6). Tra i lavori di G. Capograssi nei quali più evidente traspare la connessione tra le scelte di metodo e la crisi in atto mi limito inoltre a ricordare: *Appunti sull'esperienza giuridica*, in *ivi*, pp. 401 ss. e *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere*, cit., vol. V, pp. 151 ss., ma si vedano anche *Analisi dell'esperienza comune* (1930), ora in G. Capograssi, *La vita etica* (a cura di F. Mercadante), Milano, Bompiani, 2008, pp. 245 ss.; *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, Loescher, 1932 e *Il problema della scienza del diritto* (1937), rist. Milano, Giuffrè, 1962. Tra gli studi su Capograssi che rilevano tale connessione si vedano ad es. E. Opocher, *La filosofia politica di Giuseppe Capograssi* in F. Mercadante (a cura di), *Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona, 1986): L'individuo, lo stato, la storia; G. Capograssi nella storia religiosa e letteraria del novecento. Atti*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 5 ss.; M. D'Addio, *Storia e politica in Giuseppe Capograssi*, in *ivi*, pp. 35 ss.; A. Delogu, *L'esperienza comune in Giuseppe Capograssi*, in G. Capograssi, *La vita etica*, cit., pp. 219 ss.; A. Ciervo, *Giuseppe Capograssi. Dubbi sulla Costituente*, in A. Buratti e M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Roma, Carocci, 2010, pp. 281 ss.

[37] Si veda a riguardo A. Tanzi (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, Raffaello Cortina editore, 1999, pp. 81 s. nonché A. Carrino, *Presentazione*, in R. Treves, *Diritto e cultura* cit., pp. 7 s. e V. Ferrari, *Svolte e continuità nella sociologia del diritto di Renato Treves*, in *ivi*, pp. 85 s.

[38] Sulle diverse letture che i due giuristi esprimono dell'esperienza giuridica, cfr. M. Campolunghi, *Giuliani, Orestano, l'esperienza giuridica*, in F. Cerrone e G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, cit., pp. 65 ss. e A. de Nitto, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma, Aracne, 2010, spec. pp. 215 ss. Sulla critica che Giuliani muove alla concezione orestaniana di esperienza giuridica cfr. l'ultimo capitolo di A. Giuliani, *Ricerche* cit., che trasfonde nel volume la sua recensione alla prima edizione della *Introduzione allo studio storico del diritto romano* di R. Orestano (Torino, Giappichelli, 1953).

[39] Si vedano i rimproveri mossi da A. Giuliani – *Contributi*, cit., pp. 65 s. – allo storicismo giuridico di non essere stato conseguente alle sue premesse, che lo avrebbero condotto (come è stato per lo storicismo in campo economico di Weber e Myrdal) «ad una posizione social-riformista, attraverso una critica delle istituzioni». Peraltro questa attenzione ai rapporti tra economia e diritto – all'interno di una visione della giustizia come reciprocità nella quale risaltano delle due scienze le componenti etiche e retoriche e le connessioni tra queste – accompagna l'intera traiettoria intellettuale giuliana (basti ricordare la costante attenzione al pensiero di Adam Smith) e trova ampia espressione nell'ultimo libro dell'autore, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997. Sul Giuliani studioso di Smith si veda: P. Ciocca, *Della concorrenza: Adam Smith e Alessandro Giuliani*, in F. Cerrone e G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica*, cit., pp. 119 ss. Sulle connessioni tra metodo e responsabilità del giurista nella riflessione di Alessandro Giuliani, cfr. F. Cerrone, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, 3/2010, spec. pp. 18 ss.

[40] Tracce di questa maturazione sono offerte, per un verso, dal dilagare, nei titoli e nei contenuti dei lavori di questo periodo, di termini quali «ideologia», «tavole di valori» e simili e, per altro verso, nel passaggio, nei riferimenti all'esperienza giuridica, dal singolare (l'esperienza giuridica, appunto) al plurale (le esperienze giuridiche). Si veda a riguardo A. Mantello, *Nota di lettura*, in R. Orestano, *Scritti* cit., pp. XLIX e L, nt. 58, il quale mette inoltre in rilievo lo sposarsi fra l'impiego orestaniano della nozione di esperienza giuridica ed una posizione ideologica «riformistica». Tra i testi dell'ultimo Orestano maggiormente emblematici di questo interesse per le questioni inerenti la responsabilità del giurista mi limito a ricordare, tra le molte possibili indicazioni: *Ideologia, parola da non far più paura. Per una 'radiografia' della scientia iuris* (1982), ora in *Scritti*, cit., vol. III, pp. 2019 ss. nonché Id., *Introduzione allo studio del diritto romano* cit., pp. 321 s. e *passim*, spec. i capitoli X-XIII.

[41] Così R. Orestano, *Della 'esperienza giuridica'*, cit., pp. 1820 s., ma si veda anche la lunga nota 18 del testo ora ricordato, nella quale il giurista spiega che la scarsità di riferimenti nei suoi lavori «al marxismo [e] ai testi classici del materialismo storico [...] non ha mai significato mancanza di propensioni verso quelle idealità politiche e sociali»; tanto meno il suo silenzio a riguardo «ha voluto essere, sul piano degli studi, rifiuto o mancato apprezzamento degli apporti ormai imprescindibili del marxismo nella interpretazione della storia». «Ad essere interamente sincero», prosegue il giurista, ciò che lo ha «trattenuto da adesioni più aperte e da più larghe utilizzazioni è stata la 'ufficialità' attribuita ad ogni dottrina e l'impronta catechistica che spesso avevano». Merita riportare integralmente gli ultimi due capoversi della nota e lasciare la parola a Orestano per una esemplare testimonianza del suo modo di intendere il rapporto tra ideologia e responsabilità del giurista. «Troppo avevo lottato in me stesso ad affrancarmi da tante dogmatiche e da tante escatologie (e lo stesso marxismo mi era servito) per farmi prendere da altre; troppa fatica mi era costato liberarmi da ogni soluzione monistica per accettarne di nuove, e neppure ferme, ancora una volta pilotate dall'alto. A seguirle, avrei oltretutto dovuto sacrificare

quanto ritengo di più prezioso essere riuscito lentamente a conquistare: quel senso critico e quelle aperture problematiche verso cui le esperienze vissute mi andavano portando. Era quanto mi proponevo di trasfondere in studenti e allievi e in ciò feci consistere, da allora, il mio impegno di docente e soprattutto di uomo. Ed erano esperienze che non comportavano alcun fideismo – né vecchio né nuovo – specialmente sul piano del pensiero: un pensiero che nei limiti di ciascuno richiede anzitutto libertà, amore di libertà, rispetto di libertà. Le funzioni di 'ideologo' non sono delegabili a nessuno, tanto meno in via ufficiale. Ciascun uomo ha da essere, ha da poter essere, ideologo di se stesso».

[42] Per A. Giuliani, *Ricerche*, cit., p. 116: «questo interessamento per i valori dell'esperienza giuridica si ritrova [...] anche in quelle correnti istituzionali che hanno allargato il concetto di giuridicità», ed ivi il richiamo in nota all'opera svolta a riguardo da Santi Romano.

[43] Per G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 24 s., esperienza giuridica e istituzionalismo puntano per vie diverse – la prima più filosofica, il secondo più scientifica (si vedano i richiami al dibattito tra Capograssi e Santi Romano, pp. 22 s.) – su di un allargamento del campo del diritto al complesso dei fenomeni sociali e ad una rifondazione realistica ed antiformalistica del diritto stesso, visto essenzialmente come realtà e come realtà umana. Analogamente, per E. Opocher, *Esperienza giuridica*, cit. pp. 741 ss., come già accennato, esperienza giuridica e istituzionalismo, il secondo con una maggior accentuazione riguardo il pluralismo del giuridico, condividono un tentativo di recupero «antigiustpositivista» del «metagiuridico» al fine di riportare «il fenomeno giuridico al concreto movimento della vita sociale» (p. 744). Per R. Treves, *Diritto e cultura* (1947), rist. Roma, edizioni lavoro, 1989, p. 35, nt. 10, «[l]e dottrine dell'esperienza giuridica spesso coincidono con quelle sull'istituzione e sull'ordinamento giuridico. Entrambe le dottrine muovono infatti da esigenze comuni: reagire al formalismo e ricollegare il fenomeno giuridico al più vasto campo dei fenomeni sociali; si distinguono però per il fatto che le prime tendono di solito a ricerche ampie ed aperte, mentre le seconde aspirano invece, il più delle volte, ad una sistematica chiusa e delimitata». R. Orestano, *Introduzione*, cit., che ai due approcci intitola il cap. XI (*Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica*), pp. 343 ss., riconosce che la concezione di ordinamento giuridico presenta indubbiamente una «maggior ampiezza» rispetto a concezioni «più ristrette, come quelle 'statualiste', o anche soltanto quelle 'normative'» (p. 347), ma questa tuttavia, diversamente dalla prospettiva dell'esperienza giuridica, «non è ancora sufficiente ad abbracciare anche altri aspetti della fenomenologia giuridica» dal momento che «le teorie istituzionali, aspirando pur esse ad una sistematica chiusa e delimitata continuano nella tradizione della ricerca obbiettiva, tanto cara allo 'scientismo' positivista [e] finiscono così per porre l'attività di scientia iuris di fronte e al di fuori del proprio oggetto» (p. 352).

[44] Sulla ripresa delle riflessioni romane ad opera della cultura giuridica del secondo dopoguerra v. ad es. A. Agnelli, *L'istituzionalismo italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 267 ss. Sui recenti esiti di quegli approcci cfr. ad es. M. Fotia, *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Democrazia e diritto* 1-2/2011, spec. pp. 139 s.

[45] Sulle connessioni tra l'attività dei giuristi, i loro studi, la loro attività professionale, e l'organizzazione dell'insegnamento (l'educazione giuridica) – connessioni reiteratamente sottolineate dai sostenitori dell'esperienza giuridica, cfr. di recente A. de Nitto, *A Margine di una lettera*, cit., pp. 231 s. secondo il quale «in definitiva, le vicende relative alla formazione e alla sistemazione delle norme [...] e dei concetti [...], lungi dallo svolgersi in un delimitato spazio rigorosamente "tecnico", o meramente formale, appaiono anche connesse [...] all'"educazione" di coloro che, a vario titolo, risultano coinvolti nei relativi processi: alle cose che essi hanno studiato, ai modi in cui lo hanno fatto, alle parole che hanno imparato ad usare, ai maestri che hanno avuto, agli stili, alle sensibilità, ai gusti, alle capacità che, insieme, hanno acquisito, coltivato o sviluppato; e, insomma, al complesso dei loro

“metabolismi”».

[46] Su questa visione del conflitto si veda lo scritto di A. Giuliani, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. Dalle Fratte (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, vol. I, Roma, Armando editore, 1993, pp. 83 ss. Su questo versante della riflessione giuliana sia permesso il rinvio a G. Bascherini, F. Cerrone, F. J. Mootz III, S. Niccolai and G. Repetto, *Law and Community: Alessandro Giuliani's Aristotelian Vision*, in corso di pubblicazione.

[47] Lo stesso Orestano, a suo tempo avvertiva che «'esperienza giuridica' è una nozione [...] fra le tante possibili entro la quale ordinare i problemi di cui ci siamo occupati, ma non è né pretende di essere la sola», e dunque «giorno verrà in cui non si parlerà più di 'esperienza giuridica', in cui si useranno altre forme e altri schemi di rappresentazione, si opereranno altre concettualizzazioni», Id., *Della 'esperienza giuridica' cit.*, pp.1826 s.

[48] in questi termini A. Giuliani, *Ricerche cit.*, p. 181, il quale prosegue invitando a vedere «nelle costruzioni della dommatica soltanto delle concettualizzazioni legate ad un particolare oggetto di indagine, e non delle «pure» forme logiche indipendenti dall'oggetto».

[49] A questo riguardo cfr. A. Mantello, *Note, cit.*, p. LIII, il quale avverte che «il necessario rilievo delle ideologie può benissimo far sì che un'ampia discrepanza fra i valori in cui si creda e la realtà in cui si viva conduca a privilegiare una concezione del giuridico molto elastica, tipo quella d'esperienza giuridica, e quindi a difendere una riflessione di tipo antidommatico: se non altro perché l'ampiezza della concezione prescelta permette di 'ridimensionare' il momento autoritativo-precettivo esistente in quel certo reale e di porlo in una dialettica con altri referenti giuridici che ne mostri i limiti. Ma può ben accadere l'inverso ovvero la difesa di un 'far diritto' dommatico, se le suddette discrepanze si attenuino e i valori si trovino o si considerino finalmente realizzati».

[50] R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano, cit.*, p. 10.