



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2021

L'istituto giuridico
e il problema del metodo
nel diritto costituzionale

di Daniela Bifulco

EDITORIALE SCIENTIFICA

L'ISTITUTO GIURIDICO E IL PROBLEMA DEL METODO NEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Daniela Bifulco

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

SOMMARIO: 1. IL METODO TRA DIRITTO E POTERE; 2. PENSIERO SISTEMATICO VS. PENSIERO PROBLEMatico; 3. QUALCHE RILIEVO CRITICO SUI LIMITI DEL REALISMO; 4. L'ISTITUTO, L'ISTITUZIONE E I RISCHI DI CONSERVATORISMO.

1. Il metodo tra diritto e potere

Molto si è scritto, negli ultimi decenni, su ragionevolezza e interpretazione costituzionale per valori e interessi. Molto meno è stato detto, invece, circa l'importanza che il concetto di istituto giuridico può rivestire per il diritto costituzionale e i suoi canoni interpretativi. Su tale lacuna si è di recente concentrata l'attenzione di chi, muovendo da una più generale riflessione sui rapporti tra diritto, metodi interpretativi e potere, ha ravvisato, proprio nell'istituto giuridico, una risorsa ermeneutica ingiustamente sottovalutata nel contesto degli studi costituzionalistici¹. Il metodo è l'ambito tematico più generale su cui insiste il contributo offerto da Paolo Costa. L'oggetto più particolare, attraverso cui un certo discorso sul metodo viene svolto, ha a oggetto, invece, l'istituto giuridico e la sua rilevanza per diritto e interpretazione costituzionali. Originalità e bello stile contraddistinguono questo studio, così anche come l'audacia nel sostenere opinioni, che, nel panorama degli studi costituzionalistici, non somigliano certamente a un pensiero *mainstream*: focalizzando l'attenzione sull'istituto giuridico, vale a dire uno strumento d'analisi giuridica sovente negletto, secondo Costa, nell'interpretazione dei testi normativi, o comunque adoperato in maniera irriflessa e poco consapevole, l'A. intende valorizzare un metodo interpretativo (storico-concettuale, ispirato al pensiero siste-

¹ P. COSTA, *Teoria dell'istituto giuridico e metodo del diritto costituzionale*, Torino, 2021, di prossima pubblicazione. Le pagine corrispondenti a citazioni tratte da questo contributo saranno segnalate, d'ora in poi, soltanto nel testo.

matico) che dia qualche garanzia di oggettività in più, in una temperie di cultura giuridica caratterizzata da giudizi di ragionevolezza e bilanciamenti di interessi e valori costituzionali.

Quanto alla convinzione circa la crucialità dell'istituto giuridico per la metodologia del diritto costituzionale, ci si potrà trovare d'accordo con l'Autore o dissentire dalla prima all'ultima pagina, a seconda della propria formazione scientifica, dello stile di pensiero, e delle proprie idee su natura, funzione e finalità ultima del diritto. Ma difficilmente il lettore potrà dirsi non incuriosito dai contenuti e dalla tesi sostenute, non sentirsi sollecitato a riflettere ancora su certi classici del pensiero giuridico, o non essere indotto a tornare col pensiero a un tema così centrale per il giurista qual è il discorso sul metodo. Il contributo si apre e si chiude mettendo sul tappeto la questione del rapporto tra diritto costituzionale/scienza giuridica, da un lato, e potere (potere politico, potere sociale), dall'altro. E si presenta come una proposta di metodo per il diritto costituzionale (nonché per l'interpretazione, anche costituzionale), materia "politica" per eccellenza, ricorda Costa, dunque esposta, forse più di altre discipline, a pressioni, istanze e sollecitazioni provenienti da ambito sociale e politico. In discussione è l'autonomia della disciplina, e la sua legittimazione, proprio a fronte di quelle inesauste pressioni e sollecitazioni. Non a caso, nell'introduzione al testo, si citano due sviluppi recenti che svelerebbero la forza dell'insistenza con cui i rapporti sociali irrompono nella giurisprudenza, anche costituzionale: da un lato, prassi interpretative che spingono verso l'attuazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune (cd. interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*). D'altro lato, l'istituto del cosiddetto *amicus curiae*, previsto nelle recenti modifiche apportate dalla Corte alle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale". In tale ultima novità, l'A. scorge «il profilarsi di una sorta di stanza di compensazione degli interessi e dei valori sociali; con tutto ciò che una simile evoluzione dell'autocomprensione dell'organo lascia intendere circa le finalità e il metodo del diritto costituzionale» (p. 12).

Date tali premesse, l'ambito più vasto in cui idealmente collocare il discorso sul metodo svolto da Paolo Costa potrebbe essere quello di contributi che stanno riportando al centro del diritto pubblico il tema dei rapporti tra diritto costituzionale e potere²; ciò facendo, essi mira-

² *En passant*, l'Autore cita ad esempio il dibattito tra visioni ispirate al *political*

no, per un verso, a ribadire l'eccedenza del diritto rispetto al potere, nel senso che il diritto vuol essere pensato come qualcosa che precede (non in senso giusnaturalistico) e sovrasta il potere stesso, in linea coi dettami del costituzionalismo; dall'altro, essi pongono l'onere dell'auto-giustificazione, della legittimazione di tale presunta primazia, in capo al diritto e alla "scienza"³ giuridica; più precisamente, tale onere viene addossato sul metodo⁴. Il metodo è dunque visto come condizio-

constitutionalism e teorie più vicine al *legal constitutionalism*, e alle conseguenti implicazioni in punto di *judicial review*, rinviando ai lavori di Paul Craig (v. nota n. 7, sub introduzione). Una panoramica bibliografica che dia conto degli sviluppi di tale dibattito occuperebbe molto spazio. Senza voler essere esaustivi, segnaliamo almeno – tra i contributi che hanno più di recente rivitalizzato il confronto tra approcci più formalisti e visioni più politiche del diritto costituzionale, ponendo attenzione al ruolo dello Stato nel costituzionalismo contemporaneo – M. LOUGHLIN, *Political Jurisprudence*, Oxford, 2017 e *Id. Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, ma anche, dello stesso Autore, il più risalente *Public Law and Political Theory*, Oxford 1992, per il dibattito oltremontano sul *Methodenstreit* successivo all'esplosione della questione sociale nei primi decenni del secolo scorso; con riguardo particolare alla prospettiva dei conflitti (e del diritto costituzionale come 'tecnica' di risoluzione dei conflitti politici e sociali), G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010 e M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013. Spunti interessanti sul rapporto tra potere e diritto costituzionale (ma a partire dalla peculiare prospettiva del concetto di confine, dunque del territorio), in H. LINDHAL, *A-legalità, Autorità, riconoscimento. Riconfigurazioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, ed. it. a cura di F. MENGA, Torino, 2019. Per una recente sintesi critica delle teorie (sia formaliste sia orientate verso una concezione più politica del diritto costituzionale) più *à la page*, cfr. M. GOLDONI e M. A. WILKINSON, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, 2020, già apparso in LSE Legal Studies, Working Paper No. 20/2016 e in *The Modern Law Review*, Vol. 81, 4/2018. Accennando ad approcci teorici che hanno insistito sul carattere "politico" del diritto costituzionale, non ci riferiamo anche alla contrapposizione tra diritto "politico" e diritto "giurisprudenziale", dove il primo starebbe «a designare nient'altro che diritto legislativo, in un contesto che tenta di rinverdire una distinzione vecchia come il cucco, facendone una vera contrapposizione valoriale (...) tra sostenitori del diritto prodotto dall'Assemblea rappresentativa e quello prodotto dalle Corti»: così M. DOGLIANI, *Che cos'è il diritto costituzionale politico?*, in A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, D. PAMELIN (a cura di), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso di Giovine*, Milano, 2020, p. 23.

³ Espressione su cui è lecito nutrire molti dubbi, sui quali v. A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, *Atti del seminario di studio AIC*, Messina, 23 febbraio 1996, Padova, 1997, p. 91 ss.

⁴ Tra i contributi più recenti, si veda S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivistaic.it*, 3/2020, e bibliografia ivi citata.

ne prima affinché il diritto possa porsi, ancora e sempre, come usbergo al potere, alla sua «invadenza e irrazionalità» (Savigny, citato dall’A., a p. 134), tanto più in un tempo in cui – osserva Costa – le tecniche «di costruzione e decostruzione occasionale dell’opinione pubblica e infine del consenso» (p. 10) si fanno sempre più subdole, oblique, falsamente esortative e, in realtà, altamente manipolative.⁵

Da quelle “invadenze”, pressioni, istanze, e sollecitazioni provenienti da ambito sociale e politico, di cui si è accennato poc’anzi, l’A. muove per svolgere una riflessione critica su taluni sviluppi del diritto costituzionale e delle sue prassi interpretative. In particolare, egli punta l’indice sul «gioco, ad alto rischio di soggettivismo interpretativo, del bilanciamento degli interessi orientato dalla logica del valore; di qui, la possibilità di argomentare quasi infinite valutazioni, svalutazioni, rivalutazioni, trasvalutazioni» (p. 132). Tenuto conto del venir meno del «mito» della legge (finanche «di quella di rango costituzionale»), caduta nel vuoto anche «la gravidanza dei concetti», la scienza costituzionalistica avrebbe fatto proprio «un metodo che non si presenta tanto come uno sviluppo interno alla stessa metodologia giuridica quanto piuttosto come un’ibridazione fra teoria dell’interpretazione e teoria democratica. Il pluralismo democratico, spinto talora fino all’estremo del nichilismo democratico, ha esercitato la propria influenza sul metodo giuridico, inducendolo ad abdicare alle proprie pretese di oggettività e ad accontentarsi dei ‘bilanciamenti’ imperativamente operati dal legislatore. Laddove tali bilanciamenti si giudichino mancanti o inadeguati, è la stessa giurisprudenza pratica a farsene carico, e con la stadera della ‘ragionevolezza’ bilancia e ri-bilancia interessi e valori costituzionalmente rilevanti e che si presumono storicamente attualizzati nel comune sentire sociale» (p. 132).

2. Pensiero sistematico vs. pensiero problematico

Cruciale, nell’economia del testo, è il passaggio dal pensiero sistematico a quello problematico, dunque il difficile raccordo tra una *forma mentis* attenta al metodo storico-concettuale, da un lato, e il pensare “per problemi”, per casi, dall’altro. Secondo Paolo Costa, gli elementi

⁵ Sul punto, tra gli altri, cfr. G. AGAMBEN, *Che cos’è un comando?* In ID., *Creazione e anarchia*, Vicenza, 2017, p. 106.

storico-tradizionali avrebbero smesso di esser considerati matrice stessa dei concetti giuridici. L'indubbio successo della teoria ermeneutica di ispirazione gadameriana sembrerebbe aver prodotto una situazione in cui l'interprete è «solo innanzi al testo e armato unicamente della sua razionalità, poiché la consapevolezza indotta dalla tematizzazione del circolo ermeneutico farebbe comunque apparire gli elementi storico-tradizionali come un rinvio ad una normatività divenuta (...) metagiuridica (e non invece matrice stessa dei concetti giuridici)» (p. 83).

Ebbene, a fronte di questa caduta libera del pensiero/metodo sistematico, la proposta dell'A. è che si osservi con attenzione una lacuna negli studi del diritto costituzionale, che, pur avendo fatto della sistematicità un tratto fondativo (p. 9), avrebbero tuttavia lasciato in soffitta l'istituto giuridico. Uno dei pregi del testo è che la "lacuna" viene appunto osservata, con molta umiltà, e alla pretesa di colmarla si abdicata fin dall'inizio, intendendo l'A. offrire un angolo prospettico da cui però riflettere sagacemente sui perché e sui percome di quella lacuna.

La creatura sottoposta a indagine – l'istituto giuridico – può risultare un po' eccentrica per lo studioso di diritto costituzionale, solitamente più interessato e più aduso alla frequentazione del concetto di istituzione⁶. Rispetto all'istituto giuridico, invece... tornano in mente le ambascie del giovane V. E. Orlando, il quale, in cerca di identità culturale per sé e per i suoi, ammise: «si dovette andare a scuola; né altra scuola di diritto avevamo fuor che quella di diritto privato»⁷. Beninteso, anche nel campo del diritto pubblico e amministrativo il concetto di istituto dispiega un'eco, acquistandovi anzi una rilevan-

⁶ Si veda certa letteratura anglofona che, nell'ultimo decennio, ha segnalato la rilevanza degli studi di Santi Romano anche per il diritto sovranazionale e internazionale. Cfr., ad es., F. FONTANELLI (2011) *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*, in *Transnational Legal Theory*, 2:1, p. 67-117. Il contributo è volto a illustrare i motivi per cui 'Romano's institutionalism and pluralism provide a sound and flexible theoretical model for the study of the EU system and the fragmented corpus of international law' (p. 117). Cfr. anche l'introduzione di M. LOUGHLIN a S. ROMANO, *The Legal Order*, Routledge, Abingdon, 2017, tradotto da M. CROCE; di quest'ultimo, si veda M. CROCE, *Whither the state? On Santi Romano's The legal order*, in *Ethics & Global Politics*, 2018, vol. 11, p. 1 ss.

⁷ V. E. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, p. 25, cit. in P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano 2000, p. 32.

za particolare, ma soprattutto in quanto sinonimo di persona giuridica: istituto è «organismo riconosciuto dal diritto per raggiungere uno scopo, a conseguire il quale non è sufficiente la personalità umana o la capacità economica individuale. Così, nel linguaggio legislativo, il termine è sinonimo di persona giuridica»⁸. In riferimento, invece, ad altre discipline, ancora nel 1957 si riteneva che la nozione di istituto non offrisse «un particolare interesse nel campo della teoria generale. Francesco Carnelutti non lo prende in considerazione – presupponendone pacifica la nozione – nella sistemazione della sua *Teoria generale del diritto* (...) Nel linguaggio giuridico il termine istituzione ha ormai sostituito il termine di istituto»⁹.

In questo libro (che è un testo rilevante per il diritto costituzionale, per la teoria generale del diritto e anche per la teoria dell'interpretazione) si parla, invece, proprio di "istituto giuridico". L'*excursus* parte da Savigny e dalla Scuola storica del diritto; nell'uno e nell'altra, se bene intesi, emerge un orientamento proteso verso due tipi di oggettività saldamente giuridiche: dove la prima «è quella storica. La continuità storica, intesa come storia giuridica, consegna al giurista del presente istituzioni consolidate e facilmente afferrabili per intuizione. La seconda è quella concettuale, che consente di organizzare scientificamente il plesso organico delle istituzioni sociali in un sistema di istituti giuridici. È questo, sembrerebbe, il più riuscito tentativo di coniugare il lato sociale con il lato concettuale del diritto» (p. 79).

L'istituto giuridico viene dunque analizzato attraverso i suoi esordi, i suoi fasti, il suo declino (a partire dalla *Begriffsjurisprudenz*) e il confronto col passaggio (iniziato con la *Interessenjurisprudenz*) dalla sistematica all'ermeneutica, dalla teoria del diritto alla teoria dell'interpretazione, attraverso la traslitterazione dell'istituto dal diritto privato al diritto pubblico (Gerber, Laband, Jellinek, Orlando), i punti di contatto con l'istituzionalismo, per approdare poi al tramonto definitivo del pensiero (e metodo) sistematico a favore del pensiero (e metodo) problematico, incentrato sull'ermeneutica e sui suoi canoni interpretativi, fino a giungere alla conquistata centralità di quest'ultima. Di ognuno di tali snodi, vengono illustrate origini storiche e culturali, al fine di comprendere più a fondo i termini in cui detti snodi ritornano

⁸ U. ARDIZZONE, *Istituto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, p. 239.

⁹ V. FROSINI, *Istituzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, p. 266.

nella riflessione corrente e di esaminarne le ricadute sulla figura dell'istituto giuridico.

Punto d'equilibrio tra dimensione sociale e dimensione concettuale del diritto, l'istituto giuridico meriterebbe, secondo l'Autore, d'esser riscoperto dalla dogmatica giuridica, perché in esso albergherebbe «l'unità profonda di forma e sostanza, di società e concetti, di ratio e voluntas» (p. 133). L'istituto mostra la sua *eccedenza sociale* rispetto al puro pensiero concettuale; esso si troverebbe, infatti, nel guado tra la fatticità dei rapporti giuridici e i concetti giuridici che compongono il sistema. Quell'eccedenza offrirebbe alla giurisprudenza una garanzia per sfuggire ad attitudini fatalmente soggettivistiche (si vedano le riflessioni su Gény e sulla “natura della cosa”, p. 73 ss.).

Travolto dal normativismo e dal post-normativismo, l'istituto giuridico – afferma l'A. – vive la sua eclissi nel Novecento (pp. 35-36); i giuristi italiani, rifugiatisi nel porto rassicurante della oggettività scientifica promessa dal normativismo, «non se ne occupano quasi più; e quando se ne occupano negano rilevanza al suo lato sociale» (p. 109). In maniera cursoria, tale eclissi viene illustrata attraverso riferimenti sia alla dottrina sia alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Che il discorso cada sulla dottrina civilistica (ad es., Enrico Finzi, pp. 37-38) o costituzionalistica (ad es., Carlo Lavagna, p. 106, Nicola Occhicupo, p. 110), l'intento è quello di dimostrare come gli istituti giuridici vengano ormai intesi, nel Novecento, come derivati razionali delle norme, in luogo del contrario. Non manca qualche esemplificazione costituzionale (relativa, ad esempio, al Parlamento e alla dottrina degli *interna corporis acta*, p. 95-96). La sostanziale rimozione dell'istituto giuridico dall'orizzonte scientifico avrebbe dato luogo, inoltre, a un «occasionismo» giurisprudenziale, che l'A. illustra (alle pp. 111 ss.) riferendosi a decisioni della Corte costituzionale in cui essenza e funzione dell'istituto giuridico sarebbero state, di volta in volta, bene o male intese.

3. Qualche rilievo critico sui limiti del realismo

Vi sono, a sommosso avviso di chi scrive, due profili critici nel libro di Costa, che nulla sottraggono alla qualità complessiva del testo. L'uno è di natura più formale; l'altro attiene al merito della tesi sostenuta. Il primo profilo concerne l'“inchiodare” talune dottrine e decisioni giurisprudenziali a un filo argomentativo che avrebbe potuto essere,

qui e là, più efficacemente dipanato. Nel merito, invece, diremo che quest'elogio dell'istituto giuridico reca in sé il rischio di conservatorismo, di immobilismo (e l'Autore lo sa: v. p. 100). In qualche modo, i due profili critici sono collegati, nel senso che quando l'esposizione (tramite rinvio a dottrine e/o giurisprudenze) si fa un po' sintetica, l'A. sembra utilizzare quei rinvii per tirare acqua – per così dire – al suo mulino, così da rafforzare la propria tesi.

Ricorreremo a un paio di esemplificazioni al fine di illustrare le nostre (poche, invero) perplessità. A proposito della decisione della Corte costituzionale n. 311 del 1988 (relativa a norme civilistiche sulla comunione legale dei beni tra coniugi: v. pp. 117-118)¹⁰, l'A. osserva: «qui la Corte formula espressamente una teoria dell'istituto giuridico, sposando, a questo punto ex professo, l'inversione post-normativista (...) la corretta metodologia – afferma la Corte con una professione metodologica che non lascia margini di ambiguità – “insegna che la regola (nel senso di dottrina) dogmatica di un istituto giuridico deve essere tratta non da categorie precostituite, ma *ex iure quod est*, cioè dalle norme positive che sostanziano l'istituto medesimo”».

Tale «inversione post-normativista» poteva, forse, essere ulteriormente contestualizzata, riflettendo, ad esempio, sullo spirito del tempo (1988), su quali considerazioni abbiamo a quel tempo portato la Corte a dire che altro è la comunione ordinaria altro è la comunione legale, sulla *ratio* degli istituti giuridici (matrimonio, comunione legale

¹⁰ La questione di legittimità costituzionale aveva riguardo all'art. 184 cc, relativo agli atti compiuti da un coniuge, in regime di comunione legale di beni, senza il necessario consenso dell'altro coniuge. Secondo il primo comma dell'art. 184 detti atti sono *annullabili* se riguardano beni mobili o immobili. Il Tribunale rimettente sosteneva invece che essi dovessero essere considerati *inefficaci* alla stregua della regola di inefficacia dell'atto di disposizione *a non domino* (poiché l'inefficacia, secondo il giudice *a quo*, avrebbe meglio tutelato il coniuge pretermesso). La Corte sostenne, invece, che «l'art. 184 primo comma, non è tecnicamente un caso di acquisto da un alienante non legittimato, bensì un caso di acquisto *a domino* in base a un titolo viziato». Ne conseguiva che «il principio di inefficacia delle alienazioni *a non domino* non può fornire il *tertium comparationis* rispetto al quale possa prospettarsi una violazione dell'art. 3 Cost. in danno del coniuge pretermesso». E, anzi, aggiunse la Corte, «se si pone mente che nel diritto privato i vizi del procedimento di formazione di un atto negoziale sono rilevanti come causa di invalidità solo nei casi espressamente previsti dalla legge, non per regola generale, la norma in esame appare – tutt'al contrario – disposta *a maggiore tutela dell'altro coniuge*, non già in eccessivo favore dei terzi. Senza di essa il coniuge pretermesso dovrebbe, come nel caso regolato nel terzo comma dell'art. 184, accontentarsi del diritto obbligatorio alla riparazione del danno».

dei beni, regime di separazione dei beni, comunione ordinaria, etc.) considerati dalla Corte in quella e altre decisioni. In tal modo, forse, la sentenza in parola avrebbe acquistato una luce più problematica. Del resto, perché non concedere alla Corte di aver voluto saldamente agganciarsi alle norme e al bilanciamento di interessi, anziché alla *ratio* degli istituti, perché essa Corte percepiva l'istituto della comunione legale ormai inadeguato ai tempi (negli anni Novanta, la comunione legale sarebbe stata definitivamente surclassata – a livello sociale – dal regime di separazione dei beni)? Come orientarsi, insomma, nel ginepraio dell'istituto “comunione” (comunione in generale: artt. 1100 ss. del c.c.; comunione legale dei beni tra i coniugi: artt. 177 ss. del c.c.) senza privilegiare norme e bilanciamento di interessi in una materia (matrimonio, comunione di beni) così intrisa, appunto, di interessi da bilanciare (autonomia negoziale, diritto di proprietà sui beni, parità tra coniugi, diritto di difesa in giudizio, etc., etc.)?

A fronte di tale dedalo di norme, istituti, tradizioni e spirito del tempo, c'è forse da capire la virata “normativista” della Corte e, anzi, da aggrapparsi con le unghie e con i denti al Kelsen citato criticamente da Costa nel testo, secondo il quale «senza un ordinamento giuridico non v'è assolutamente nulla di simile ad un matrimonio» (p. 39). Insomma, visti gli *interessi* in gioco nell'ambito matrimoniale (e vista anche la vetustà dell'istituto “comunione legale dei beni tra coniugi”), l'inversione «post-normativista» operata dalla Corte (per cui sarebbero le norme di diritto positivo a sostanziare l'istituto, anziché il contrario), e stigmatizzata dall'A., può aver offerto al giudice delle leggi, in quella specifica occasione, un appiglio più rassicurante rispetto alla *ratio* storica dell'istituto. Un appiglio che forse avrà indotto la Corte a pensare (con il Kelsen riletto da Vittorio Frosini) che ogni soggetto è in relazione giuridica con gli altri soggetti, «non mai direttamente (...), ma sempre e solamente attraverso l'ordinamento giuridico, che costituisce la trama di relazione giuridica. *Un marito è tale, di fronte alla moglie, non già come uomo di fronte a donna, ma come termine di relazione giuridica con l'altra*, di cui è tramite l'ordinamento. Alla legge non si può rispondere, come fa arrogantemente il Don Juan, nella commedia di Tirso de Molina, al re di Napoli, che l'ha scoperto in flagrante adulterio: “*Quién ha de ser? Un ombre y una mujer*”»¹¹.

¹¹ V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, p. 442, corsivo ns.

Un secondo e ultimo esempio, relativo invece alla dottrina: di Enrico Finzi si ricordano le pagine in cui egli declassa l'istituto a mera creazione e tecnica legislativa («Il raggruppamento delle disposizioni di legge in modo da formare degli istituti giuridici non ha in sé carattere scientifico, ma soltanto tecnico» (Finzi, 1914, cit. a p. 39). «Qui», continua Costa, «gli istituti giuridici appaiono come mere creazioni della legge, da essa inferiti con operazione di tecnica giuridica. Sembra negata loro ogni sostanza propria». Il rilievo di Costa, forse, è centrato; epperò, qui manca qualcosa. Manca una parola sul significato più generale di questo “tradimento” dell'istituto giuridico perpetrato dal giurista citato. Finzi e, con lui, non pochi altri studiosi d'inizio Novecento (soprattutto giuslavoristi ed esperti di diritto commerciale, dunque studiosi di campi dominati dalla prassi sociale ed economica), volutamente esaminarono gli istituti «quasi controtuce», nella loro «compenetrazione coi fatti», in modo da portare «alla luce dimensioni giuridiche certamente efficaci nelle vicende della società, ma non ancora riconosciute come valide»¹². E così, Finzi, muovendo dall'istituto giuridico “proprietà privata”, impresse un considerevole quanto *irrituale* scossone al «campo immacolato della ragion civile», presentando ai civilisti un saggio sui *diritti possessori* (1915), ovvero «tutta quella vasta gamma di rapporti che non possono dirsi perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l'ordinamento prevede necessari alla loro costituzione, ma nei quali, per il verificarsi degli elementi formali, avviene di fatto l'investitura in un diritto a favore di un soggetto cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe»(esempi: il matrimonio del già coniugato, il diploma concesso a chi non ne ha diritto)¹³.

Certo, l'essenza dell'istituto giuridico (proprietà privata, nel caso citato) viene, sì, un po' tradita, ma ... *pour cause*. E così si potrebbe dire di tutto un filone di civilisti “eretici”, minoritari quanto si vuole, che tuttavia intesero liberare la scienza giuridica, tra fine Ottocento e inizio Novecento, dalla scure del formalismo legalista, guardando a una realtà semisommersa in cui altri e nuovi istituti premevano per essere riconosciuti. Se tutti quei giuristi avessero tenuto fede all'istituto “proprietà privata” qual era, come radicato cioè nella realtà sociale dell'epoca, rispettandone religiosamente storia, radicamento sociale e

¹² P. GROSSI, cit., p. 128.

¹³ *Ivi*, p. 129.

dogmatica, quali sarebbero stati gli esiti? Pura conservazione dello *status quo*? Senza l'ardire di operare *camouflages* metodologici (irrituali quanto si vuole), senza forzare/snaturare/violentare l'istituto giuridico affermando che esso, in fondo, altro non è che quel risulta dalla sistematizzazione codicistico-legislativa, il diritto privato non avrebbe fatto, forse, qualche progresso in meno, ignorando ancora più a lungo istanze solidaristiche a favore di una ferrea logica proprietaria? Senza l'insofferenza metodologica verso il radicamento storico-concettuale (caro all'Autore) della proprietà privata, espressa a un bel momento dai vari Finzi, Venezian, Simoncelli etc., senza queste – e tante altre – eterodosse visioni circa l'istituto giuridico 'proprietà privata', quale progresso di civiltà giuridica avremmo avuto?

4. L'istituto, l'istituzione e i rischi del conservatorismo

Accordare una fiducia troppo piena a un metodo interpretativo basato sul concetto di istituto giuridico reca in sé, insomma, il medesimo rischio che presenta ogni teoria che assolutizzi il concetto di istituzione (la quale ... «c'è perché c'è quando c'è»¹⁴): quello di valorizzare l'esistente, la permanenza e la conservazione, a discapito del mutamento¹⁵. Quest'aspetto quasi magico, e cioè *performativo* del diritto, che la svolta linguistica maturata nella riflessione filosofica novecentesca ha contribuito a portare a emersione, viene in luce specialmente a proposito dell'istituzione¹⁶. Com'è noto, quella svolta ha spostato il fuoco dei problemi filosofici fondamentali dalla metafisica al linguaggio, conducendo a stabilire, in certi casi, isomorfismi tra linguaggio e realtà¹⁷. Con quella "svolta" (sia nella sua diramazione di filosofia ermeneutica, sia di filosofia analitica), la provenienza di ogni discorso, il problema di «cosa sia un discorso, di come stiano insieme le sue frasi, di cosa *giustifichi e legittimi* un discorso»¹⁸, diventa uno dei temi do-

¹⁴ S. ROMANO, *Frammenti d'un dizionario giuridico*, Milano 1947, p. 69.

¹⁵ Riflessioni interessanti su tale aspetto in F. MANCUSO, *Istituzione. L'incontro tra diritto e società*, in ID., A. ANDRONICO, T. GRECO (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, p. 198-201.

¹⁶ *Ivi*, p. 198.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ D. TARIZZO, *Il pensiero libero. La filosofia francese dopo lo strutturalismo*, Milano, 2003, p. 11-12.

minanti della filosofia; parallelamente, sempre di più si accentua «l'aspetto performativo del discorso, a scapito di quello constataivo»¹⁹. Com'è noto, il discorso giuridico non sarebbe rimasto certo immune dai riverberi provocati dal cd. “*linguistic turn*”.

Storia vecchia, si dirà, quella dell'alleanza tra linguaggio e diritto (e potere), ben più antica della svolta linguistica novecentesca: una relazione assai serrata, che la pratica del diritto romano ha esaltato e dilatato enormemente («uti lingua nuncupassit, ita ius esto: come la lingua avrà pronunciato, così sarà il ius, recitavano le XII Tavole a proposito delle dichiarazioni che accompagnavano i rituali con cui si cedeva la *manus* – il potere – su un bene»²⁰). È però nel Novecento che quell'alleanza viene fatta oggetto di studio sistematico: quando Searle²¹ fa riferimento ai *brute facts* (ovverosia «stati di esistenza indipendenti da qualsivoglia regola e autonomi rispetto all'osservatore»), li distingue dai *fatti istituzionali*, vale a dire fatti o oggetti che presuppongono un'istituzione che li costituisce.²² Se, in circostanze appropriate, io dico: “battezzo questa nave *Queen Elizabeth*”, non sto semplicemente descrivendo, bensì anche *facendo* qualcosa²³. Se il giudice *pronuncia* il divorzio, l'istituto “matrimonio” è perciò solo dissolto. Ora, benché “performativo” non sia termine romaniano, «esso rende tuttavia bene l'idea per cui, date certe condizioni istituzionali, il solo parlare di qualcosa modifica quel qualcosa»²⁴ (ciò che ha illustrato, per l'appunto, Austin, con il concetto di regola performativa). Nella prolusione del 1909, Romano appare ben consapevole di quel potere *compositivo* del diritto e della sua «natura affatto particolare – un sapere speciale, padroneggiato da un ceto di esperti, che ha effetti performativi sulla realtà»²⁵. Il punto importante è capire come stemperare quel rischio di valorizzazione dello *status quo*, implicito nell'istituzionalismo, trovando un punto d'equilibrio tra l'es-

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, pp. 67-68.

²¹ J. R. SEARLE (1995), *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006.

²² F. MANCUSO, cit., pp. 198-199.

²³ J. L. AUSTIN (1962), *Come fare cose con le parole*, Genova, 1988.

²⁴ M. CROCE, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de L'ordinamento giuridico*, postfazione a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018, p. 193.

²⁵ *Ibidem*.

sere e il dover essere dell'istituzione (e del diritto, più in generale); un punto in cui l'essere dipenda anche dal dover essere delle norme e, viceversa, il dover essere delle norme tragga la sua giustificazione e validità anche dall'essere dell'istituzione²⁶. Occorre insomma salvare quella tensione tra *Sein* e *Sollen* «che fa del diritto senz'altro una parte costitutiva della realtà» e che «trova la sua specificità nel fatto che esso tende a modificare la realtà stessa, senza però appiattirsi su di essa, confondendosi»²⁷.

Quanto appena detto vale *a fortiori* per l'istituto giuridico, che è il prodotto sedimentato, pensato e rimaneggiato dell'istituzione sociale. Non a caso, Costa si premura di segnalare al lettore che il rischio del suo approccio "realista" può apparire quello di conservatorismo o, per usare le sue stesse parole, di immobilismo sociale. Tuttavia – osserva l'A. – Il fatto che l'istituzione sociale sia la matrice reale che conduce, per via di concettualizzazione, all'istituto giuridico «non significa immobilismo sociale. Le istituzioni sociali, e tra queste quelle politiche, mutano, e questo mutamento deve essere afferrato in concetti giuridici e rappreso in istituti. Ciò, tuttavia, avviene nel tempo lungo di sviluppi e variazioni epocali (e storiche e metodologiche) e non nel tempo breve di un'epifenomenica legislazione positiva o di un sincronico conflitto tra interessi o valori» (p. 100).

Bene; ma che cosa accade quando il tempo stringe e il fatto normativo non si è ancora «rappreso» in «concetti e istituti», magari perché il legislatore se ne sta a braccia conserte (la catena di esempi da proporre sarebbe lunga...)? E inoltre: senza un legislatore che, magari sbagliando, si affanni a bilanciare interessi tramite «un'epifenomenica legislazione positiva»; senza corti che ribilancino e, magari, non riuscendo a trovare equilibrio tra i due piatti della bilancia, dicano : questo valore, nel quadro costituzionale, prevale su quell'altro; senza legislatori e corti che giungano magari anche a dire : questo istituto, per quanto radicato nel tessuto sociale e politico, non trova cittadinanza tra i valori della costituzione...; senza tutto questo ragionare su interessi e valori (esposto senza dubbio al rischio di soggettivismo giuridico, come ricorda correttamente Costa), alcuni di quei pochi progressi giuridici e sociali di cui possiamo fregiarci sarebbero ancora in *mente dei*. Certo,

²⁶ Utile a tal scopo la riflessione di N. MACCORMICK, O. WEINBERGER (1986), *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990.

²⁷ F. MANCUSO, *op. cit.*, p. 199.

vale anche il contrario: ragionando e decidendo sulla base di interessi e valori, anziché della *ratio* storico-concettuale degli istituti giuridici, molte cadute di stile sono possibili e forse già molte “ingiustizie” sono state commesse da legislatori e corti.

Chi scrive non ha la medesima nettezza di opinioni dell’Autore circa il metodo interpretativo da privilegiare e tende a pensare in maniera più ecumenica e sfumata (e imprecisa, forse: i tanti “magari” qui sopra utilizzati stanno a dimostrarlo), nel senso che la bontà dell’altro.²⁸ Nessuno dei due metodi è infallibile; ma entrambi sono perfettibili. Che il diritto venga creato, sistematizzato e interpretato ragionando per istituti o, invece, per interessi/valori, il rischio d’errore (per eccesso di realismo o di soggettivismo) è sempre dietro l’angolo. Ciò detto, non si intende così far professione di fede nell’indeterminazione, ma soltanto ricordare il monito dell’ermeneutica tedesca, almeno per ciò che ha riguardo a quell’articolato dissolvimento, operato da tale scuola di pensiero, della pretesa di individuare in un solo e infallibile metodo ciò che realmente guida la scelta interpretativa e applicativa del diritto²⁹.

* * *

²⁸ «Il diritto costituzionale deve essergli sembrato (...) una sorta di formula sintetica, comprensiva di oggetti molteplici, ognuno dei quali richiede (o quanto meno consiglia) l’uso di metodologie diverse, appropriate agli oggetti medesimi»: così M. DOGLIANI, cit., p. 23, che cita, in senso adesivo, un discorso di Paladin su Elia. Sull’importanza di non assolutizzare il metodo prescelto, al fine di evitare che il metodo stesso si faccia dottrina, e per la critica all’idea che metodi e «procedure logiche di indagine» privilegiati possano considerarsi come gli unici scientificamente validi, v. A. BALDASSARRE, cit., p. 92. Per la possibilità d’integrare, anziché contrapporre, metodo casistico e metodo sistematico, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 119-120 e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005, paragrafo 3.

²⁹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 102. Per esigenze di sintesi, si è soltanto accennato, con queste parole conclusive, a quanto più ampiamente sviluppato da chi scrive in *Il giudice è soggetto soltanto al ‘diritto’*. *Contributo allo studio dell’art.101, comma2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

ABSTRACT

ITA

L'articolo ha a oggetto un tema classico, vale a dire il metodo e il suo cruciale ruolo nel contesto dei rapporti tra diritto e potere. Il punto di partenza è la considerazione del metodo giuridico quale strumento in grado di legittimare diritto, scienza e interpretazione giuridiche in un'epoca in cui i rapporti sociali e politici tenderebbero a irrompere con forza nella giurisprudenza, anche costituzionale. Oggetti più specifici d'analisi sono il concetto di istituto giuridico e il metodo storico-concettuale, che esso valorizza, a fronte di altri metodi interpretativi, così come discussi in un contributo di Paolo Costa, dove l'istituto giuridico è indicato come strumento ermeneutico – ingiustificatamente sottovalutato dagli studi costituzionalistici e, talvolta, anche nella giurisprudenza costituzionale – in grado di conciliare il lato sociale con il lato concettuale-sistematico dell'esperienza giuridica. Di tale tesi, vengono qui commentati taluni profili di particolare interesse.

EN

Moving from the relationship between law and power, the article focuses on the strategic role played by method in both constitutional law and constitutional interpretation. The more specific focus is on the relevance of the concept of institution and its meaning in legal interpretation, which has recently been deepened by Paolo Costa. Merging two different kinds of continuity – the historical one and the conceptual continuity, which gives systematic order to the *ensemble* of social institutions – the concept of legal institution seems to bring together the social side and the conceptual-systematic side of the law. This perspective is here critically discussed, considering the advantages as well as the weaknesses of legal institution in the context of constitutional interpretation.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)