

CIVILE - Formalismo giuridico di Mario Jori

(Anno di pubblicazione: 1992)

Bibliografia: Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950; A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969; T. Arnold, «The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process», *Harvard Law Review*, 1931; J. Austin, *Lecture on Jurisprudence*, London, 1885; Bagolini, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942; Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*; II: *Ortodossia giuridica e pratica politica* (Ferrajoli, Galgano, Tarello e altri), Bari, 1973; Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1766 (Milano, 1981); P. Beirne-R. Quinney (a cura di), *Marxism and Law*, New York, 1982; J. Binder, «Bemerkungen zum Methodenstreit in der Rechtswissenschaft», *Zeitschrift f. das gesamte Handelsrecht*, 1934; Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934; Id., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, RTPC, 1950 (ora in *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., a cura di Scarpelli, Milano, 1976); Id., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; Id., *Sul formalismo giuridico* (1958), in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972; Id., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; Id., *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Rivista di Filosofia*, 1967, ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; Id., *Da Hobbes a Marx*, Napoli, 1971; Caiani, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, RTPC, 1953; Id., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954; M. Cain & A. Hunt, *Marx & Engels on Law*, London, 1979; Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937; Cammarata, *Contributi a una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1926; Id., *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit.; Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963; Id., «Formalismo giuridico», in *Enc. dir.*, Milano, s.d.; Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932 (ora in *Opere*, II, Milano, 1959); Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese - Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962; Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972; Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziaria dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930; Coccopalmerio, *Dogmatismo e storicità del marxismo. Politica e diritto nell'esperienza comunista*, Milano, 1984; M. Cohen-T. Nagel-T. Scanlon (a cura di), *Marx, Justice & History*, Princeton, 1980; J. Dewey, «Logical Method and Law», *Cornell Law Review*, 1924; E. Erlich, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918; Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970; Ferraioli, *La semantica nella teoria del diritto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1983; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; G. B. Ferri, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985; M. Fisk, *Ethics and Society. A Marxist Interpretation of Value*, Sussex, 1980; J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930; Frosini, *La struttura del diritto*, Milano, 1962; L. L. Fuller, «Reason and Fiat in Case Law», *Harvard Law Review*, 1946; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1915-24; P. Goodrich, *Reading the Law. A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, Oxford and New York, 1986; Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; Guastini, «Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1978; Id. (a cura di), *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980; J. Haeseart, *La forme et le fond du juridique*, Bruxelles, 1934; A. Hägestrom, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, parte I e II, Uppsala, 1927 e 1939; H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», 1958, ora in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; Id., *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932; Id., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914; P. Ingram, «Maintaining the Rule of Law», *The Philosophical Quarterly*, 1985; Irti, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905 (trad. it., Milano, 1912); R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877-1883; Id., *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1852-65; Id., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884 (trad. it., Firenze, 1954); Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976; Id., *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980; H. Kelsen, *lieber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911; Id., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911; Id., *Rechtswissenschaft und Recht. Erleidigung eines Versuches zur Ueberwindung der Rechtsdogmatik*, Wien, 1922; Id., *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, *Juristischer Wochenschrift*, 1929; Id., *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1934 (tr. it. Torino, 1952); Id., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1959; Id., *Reine Rechtslehre*², Wien, 1960 (tr. it. Torino, 1966); Id., *Il problema della giustizia*, Torino, 1975 (tr. it. da *Reine Rechtslehre*²); D. Kennedy, «Legal Formality», *Journal of Legal Studies*, 1973; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960 (tr. it. Milano 1966); Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965; P. Leith & P. Ingram (eds.), *The Jurisprudence of Orthodoxy. Queen's University Essays on H. L. A. Hart*, Routledge, London, 1988; F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Roma, 1950 (rist.); D. Lyons, «The internal Morality of Law», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1970-1; Negri, *Alle origini del formalismo giuridico*, 1962; Id., «Formalismo», in Donat (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano, 1980; Id., *La forma stato*, Milano, 1977; P. Oertmann, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1931; Orestano, «Formalismo», in *Enciclopedia Italiana, Appendice III*, s.d. (ma 1961), 658-660; E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975; S. L. Paulson, «Material and Formal Authorization in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 1980; Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, 1950; Piovani, «*Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963; Porzio, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della Biblioteca degli Istituti Giuridici della Università di Napoli*, 1961-62; R. Pound, «Mechanical

Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 1908; Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, London, 1975; Rensi, *Formalismo e amoralismo giuridico*, Verona, 1914; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958 (tr. it. Torino, 1965); Rotondi, *Il diritto come oggetto di conoscenza dogmatica e diritto comparato*, Pavia, 1927; Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo*, Firenze, 1976; Satta, "Il formalismo nel processo", *RTPC*, 1958; Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; Id., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953; K. Schmitt, *Le categorie del politico*, Milano, 1972; Stammler, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, Halle, 1899; I. Stewart, «Kelsen and the Exegetical Tradition», in R. Tur and W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986; K. Stoyanovitch, *La pensée marxiste et le droit*, Paris, 1974; Id., *Marxisme et droit*, 1964; Tarello, «Formalismo», *NN.D.I.*, Torino, s.d. (ma 1961); Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974; Id., *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione*, Bologna, 1976; A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar 1848 (trad. it., 2a ed. Padova, 1951); Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934; Id., *Introduzione alla sociologia del diritto*², Torino, 1980; P. Winch, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, London & Henley, New York, 1958; G. H. von Wright, *Explanation and Understanding*, London, 1971; R. P. Wolff-B. Moore jr.-H. Marcuse, *A Critique of Pure Tolerance*, 1965 (la trad. it. ha un titolo «esplicitato» da un sottotitolo: *Critica della tolleranza. La forma attuale della tolleranza: un mascheramento della repressione*², Torino, 1968.

Sommario: 1. Formalismo etico. - 2. Formalismo epistemologico. - 3. Formalismo interpretativo. - 4. Formalismo scientifico. - 5. Formalismo della tecnica giuridica. - 6. Formalismo pratico.

La parola «formalismo» fa capo al termine «forma»: essa ha, nella cultura europea, una ricca storia filosofica, e di conseguenti usi nel discorso ordinario. Molti dei sensi di «formalismo» contengono un riferimento al principale significato filosofico di «forma», che è intesa come l'aspetto di qualcosa che prescinde da altri aspetti di questa. A questo punto, tuttavia, interviene una decisiva distinzione tra sensi diversi di forma: infatti gli aspetti trascurati potranno essere o aspetti interni e essenziali, per cui la residua forma è l'apparenza esterna, ovvero al contrario aspetti secondari e accidentali, per cui la residua forma è l'essenza.

«Formalismo» inoltre ha spesso una connotazione decisamente negativa, indicando allora la critica all'atteggiamento e alle teorie di chi da una eccessiva e/o esclusiva importanza alla forma, in questo caso intesa per lo più nel primo senso. Questa connotazione negativa è particolarmente sensibile quando viene usato l'aggettivo «formalistico», come nella frase: «atteggiamento formalistico dei giuristi».

L'espressione «formalismo giuridico» è da circa due secoli (Francia, 1842) al centro del dibattito filosofico-giuridico, e indica di solito vari tipi di aspetti del diritto codificato, soprattutto come visti dai critici di questo. Si parla per esempio di «rivolta contro il formalismo»⁽¹⁾.

Anche in diritto, dunque, l'espressione «formalismo giuridico» ha per lo più connotazioni negative. Nella discussione dotta, l'espressione è usata prevalentemente per qualificare teorie giuridiche oggetto di critica; mentre i sostenitori di una o dell'altra diversa tesi giuridica, qualificata dagli avversari come formalista, si servono più frequentemente di espressioni diverse: ad esempio, come si dirà più oltre, la scienza giuridica formalistica dai suoi sostenitori è detta piuttosto «normativistica» o «pura» o «dogmatica»; mentre la tecnica di decisione formalistica in base a sole norme «formalmente» individuate diviene «completezza dell'ordinamento giuridico»; il formalismo etico moderato diviene principio di positività del diritto o principio di legalità e tutela del valore della certezza.

Poiché è possibile trovare elementi di formalismo giuridico, in un senso o nell'altro, in quasi ogni discussione giuridica contemporanea, e poiché le discussioni stesse non sempre ci offrono una guida, trattando esplicitamente il nostro tema come tale, ogni tentativo di fornire un resoconto completo del formalismo giuridico corre il rischio di tramutarsi nell'impossibile tentativo di tracciare un quadro complessivo dell'intera filosofia e teoria del diritto. Per evitare questo pericolo è utile una nozione che consenta di individuare e collegare almeno i principali sensi di formalismo giuridico, pur senza trascurarne le significative differenze. La guida seguita in questa voce, la nozione di formalismo pratico, è esplicitata al par. 6.

Qualunque analisi del formalismo giuridico non può comunque trascurare il fatto che l'espressione viene spesso usata nel linguaggio comune e nelle discussioni non giuridiche per formulare l'accusa di formalismo, cioè per criticare il diritto. In questi usi l'accusa di formalismo ha un senso notevolmente indeterminato: con essa si intende di solito che il diritto è inadeguato rispetto alle esigenze e alle possibilità operative del buon senso, alla ricerca della giustizia e alla soluzione più semplice e diretta dei problemi pratici. Alcune teorie giuridiche hanno ritenuto di potersi porre come interpreti dirette di tutte o alcune di queste esigenze, evitando di distinguere analiticamente tra diversi sensi di formalismo giuridico; tra esse va ricordata in particolare la teoria dell'esperienza giuridica di Capograssi; questa sembra prendere le mosse dal sentimento comune secondo cui la scienza giuridica è formalistica quando troppo si stacchi dalla vita viva del diritto⁽²⁾. Altre teorie giuridiche rigettano il formalismo in base ad altri argomenti che non sembrano appartenere al senso comune, come il rispetto del diritto naturale; anch'esse tuttavia possono rivelare delle notevoli somiglianze di stile, in quanto il loro rigetto del formalismo giuridico porta a proporre, sia alla teoria del diritto sia alla giurisprudenza, uno stile più libero, nutrito di immagini e metafore e meno costretto da distinzioni concettuali, regole metodologiche e rigorose definizioni⁽³⁾. Tutte queste teorie lato sensu antiformalistiche, inoltre, condividono il comune problema del se e come precisare le proprie vaghe e globali critiche al diritto «formalistico».

I seguenti paragrafi esaminano i principali sensi di «formalismo giuridico» individuabili nelle discussioni di filosofia e teoria del diritto.

1. Formalismo etico.

«Formalismo giuridico» può significare una concezione solo formale della giustizia; secondo alcuni questo sarebbe il vizio professionale dell'uomo di legge; secondo altri, almeno questo particolare vizio è raro tra i giuristi di professione ⁽⁴⁾. Laddove la legge è la principale fonte di diritto, questa posizione coincide nella sostanza con il *legalismo etico*, l'idea che la legge è appunto sempre giusta.

Il formalismo etico in realtà può corrispondere a teorie e posizioni diverse; soprattutto è bene distinguere tra una sua versione estrema e una sua versione moderata. La prima identifica giustizia e diritto, riducendo la giustizia alla validità giuridica, e sostiene che il diritto è sempre giusto, o almeno che tale va considerato quando non si possano addurre decisivi argomenti a dimostrare il contrario. Questa tesi diviene particolarmente impegnativa, sia sul piano etico sia su quello teorico, quando si accompagna alla tesi giuspositivistica che il diritto di cui si parla è quello positivo, nel senso di esistente in una società perché effettivo (*#* positivismo giuridico). Essa infatti porterebbe alla giustificazione etica di qualunque diritto e di qualunque Stato, purché sostenuti da un potere effettivo. Ciò comporta la giustificazione etica della forza; contro questo formalismo etico viene avanzata di frequente, a questo punto, l'accusa che esso giustifichi moralmente persino il diritto nazista, o perlomeno l'obbedienza al diritto nazista.

Il formalismo etico estremo è, in realtà, assai raro negli argomenti *espliciti* dei giuristi; questi sono per lo più professionalmente ben consapevoli degli errori e degli inconvenienti del diritto. Negli argomenti dei giuristi viene infatti tradizionalmente sottolineata la «artificialità» della ragione giuridica e la natura provvisoria e di compromesso delle sue soluzioni. L'esercizio di una qualunque professione giuridica rende evidente il fatto che le leggi sono imperfette e talora inique; che la definitività delle sentenze giudiziarie può non coincidere affatto non solo con la loro giustizia ma anche con la loro correttezza giuridica. Tra le colpe professionali dei *pratici* del diritto troviamo più facilmente la tendenza al cinismo che non il formalismo etico; ed è ovvio che il cinismo in quanto scetticismo sulla giustizia del diritto è incompatibile con qualunque variante di formalismo etico. Bisogna tuttavia notare che lo scetticismo sulla giustizia del diritto non è affatto incompatibile con il conformismo, appunto, cinico, cioè con la tendenza ad obbedire al diritto anche quando non si è convinti della sua giustizia.

Un diverso tipo di difetto etico-politico, connesso con il formalismo etico, ma da non confondere con esso, può essere invece imputato agli *studiosi* di diritto: è la tendenza frequente alla ideologia, cioè a «scoprire» nel diritto scelte e preferenze valutative che sono in realtà proprie del teorico o dell'interprete. Ciò accade sia per il formalismo interpretativo (*infra*, par. 3), sia per il formalismo scientifico (*infra*, par. 4; v. anche *#* interpretazione, scienza giuridica, giurisprudenza).

Nonostante la sua scarsa diffusione come esplicita tesi o atteggiamento dichiarato tra giuristi teorici e pratici, il formalismo etico estremo rimane tuttavia un fenomeno significativo, in quanto implicito in molte assunzioni del discorso ordinario e della gente comune. Essendo un atteggiamento implicito non è facile individuarne le ragioni e le basi; si può avanzare l'ipotesi che esso sia basato per lo più su un conservatorismo acritico, e più raramente sul vero e proprio conformismo etico, cioè sulla tesi che è moralmente doveroso seguire la morale affermata e diffusa nella propria società. Il formalismo giuridico estremo è implicito, per esempio, nella comune tendenza ad attribuire, senza ulteriori ragioni, una valenza morale alle valutazioni giuridiche: così sovente si implica che chi è stato condannato per un delitto sia sempre moralmente malvagio, che essere stato in carcere sia sempre moralmente biasimevole, o che un titolo giuridico di proprietà sia sempre giustificazione etica del godimento della cosa.

La versione più moderata del formalismo o legalismo etico sostiene invece che il diritto è giusto perché realizza comunque i valori dell'ordine e della uguaglianza di trattamento nell'ambito delle proprie norme generali e astratte, producendo così una uguaglianza, appunto, formale ⁽⁵⁾.

Anche all'interno di questa versione moderata si possono distinguere ulteriori varianti. L'argomento moderato, ad esempio, può essere inteso come argomento assoluto e decisivo o invece condizionato da una clausola *ceteris paribus*. In questo ultimo senso, moderato e condizionato, il legalismo si limiterebbe a fornire un argomento etico a favore dell'obbedienza al diritto, ma non escluderebbe che la conclusione finale sulla giustizia di un determinato diritto possa essere negativa ⁽⁶⁾. È comunque chiaro ai sostenitori di questa versione del formalismo etico che la uguaglianza formale provvista dall'uso di regole generali non esclude affatto che le singole fattispecie giuridiche, entro le quali viene applicata la uguaglianza di trattamento, possano essere ingiuste o malvagie, perché incompatibili con ulteriori e più alti valori morali. Così una scrupolosa distinzione giuridica tra liberi e schiavi realizzerebbe una uguaglianza giuridica formale e l'ordine giuridico, richiedendo di trattare in modo uguale tutti i liberi come liberi, e tutti gli schiavi come schiavi; ma questo non impedisce ovviamente di argomentare che la distinzione stessa sia iniqua ⁽⁷⁾. Inoltre, rimane comunque aperta la importante questione etico-politica se sia da preferire uno Stato sostanzialmente ingiusto, ma almeno formalmente giusto nell'applicare le proprie leggi malvagie, ovvero uno Stato in cui l'ingiustizia delle leggi e del diritto sia quantomeno temperata dalla loro frequente violazione.

Il formalismo etico moderato e condizionato appare strettamente legato ai valori dello *#* stato di diritto e della *#* certezza, due valori centrali del diritto moderno. In questo senso il formalismo etico moderato è tesi etica che attribuisce grande valore alla certezza, e per il perseguimento di questa può giungere a giustificare il sacrificio di altri valori etico-giuridici (su questo anche *infra*).

2. Formalismo epistemologico.

«Formalismo giuridico» può significare che il diritto viene concepito come possibile forma di qualunque evento e comportamento sociale. Il diritto, in questo senso, impone una propria specifica forma o significato ai rapporti sociali ⁽⁸⁾; tale forma o significato si aggiunge a quella che i rapporti stessi già possiedono agli occhi degli agenti stessi. A questo riguardo, Kelsen distingue tra *significato soggettivo*, che gli agenti danno ai propri comportamenti, e *significato oggettivo* attribuito dal diritto ⁽⁹⁾.

Il formalismo epistemologico dei giuristi viene però valutato in due modi opposti; la valutazione positiva si rifà per lo più al senso di forma come elemento essenziale, mentre quella negativa si rifà piuttosto al senso di forma come mera esteriorità.

Infatti, dal punto di vista delle scienze sociali empiriche, questa forma (o significato) specificamente giuridica potrebbe sembrare arbitraria e ideologica, piuttosto che oggettiva. Questa critica è avanzata da molte concezioni empiristiche del diritto, tipiche soprattutto del realismo giuridico. Esse sostengono che, in questo senso, la forma giuridica (o significato giuridico) altro non è che il risultato di un approccio normativo alla realtà, tipico di una concezione premoderna del mondo sociale ⁽¹⁰⁾. La realtà, in questo caso, viene descritta come dovrebbe essere, piuttosto che come è realmente, e sulla base di categorie normative che individuano lo stato *normale* delle entità descritte. Un simile approccio sarebbe in realtà nascostamente valutativo. Secondo alcuni di tali critici esso valuterebbe la realtà (sociale) sulla base di modelli che prescrivono surrettiziamente i valori contenuti nel diritto stesso. Secondo altri critici, in questo caso l'ideologia starebbe solo nel fatto che descrivere una società secondo le categorie giuridiche ingenererebbe l'illusione che i rapporti sociali siano effettivamente determinati dal modello giuridico e vi corrispondano.

I critici del formalismo epistemologico dei giuristi giungono talora a sostenere che l'intero fenomeno giuridico è socialmente ininfluenza, una mera mascheratura della realtà. Questo è sostenuto in particolare per quanto riguarda le «cose buone» che il diritto può (apparentemente) provvedere, come l'uguaglianza formale, la protezione giudiziaria dei diritti, la certezza nell'ambito della legge, eccetera. Si dice allora che questi vantaggi sono «puramente formali», perché di fatto vanificati da fattori «reali». La più diffusa versione elaborata di questa comune lamentela nei confronti del diritto è quella marxista ⁽¹¹⁾, in cui i fattori reali sarebbero quelli economici. Essa ha avuto grande importanza storica soprattutto nei movimenti comunisti marxisti-leninisti e negli Stati che vi si erano ispirati. In quegli ordinamenti giuridici si parlava, ad esempio, di protezione dei «diritti reali» piuttosto che dei «diritti formali», intendendo con questo che si preferiva la protezione offerta dall'intervento diretto sull'economia da parte del potere (possibile solo se questo si trova nelle giuste mani), alla vuota protezione «formale» fornita dalle parole delle norme giuridiche ⁽¹²⁾.

In relazione a questo problema della formalità, cioè della impotenza, delle disposizioni giuridiche, meglio si comprende anche la rilevanza che la teoria giuridica abitualmente attribuisce alla presenza nel diritto dell'elemento della sanzione coattiva. La presenza e la effettività della sanzione è usata come argomento per dimostrare che il diritto è un fattore reale della vita sociale; la sanzione effettiva infatti imporrebbe con la forza la specifica forma giuridica alla realtà sociale, e costringerebbe così l'essere sociale ad adeguarsi al dover essere giuridico. Questa è una delle ragioni per cui molti realisti danno tanta importanza conoscitiva al momento della applicazione giudiziaria del diritto e alle norme giuridiche effettivamente seguite dai giudici.

Le concezioni del diritto come forma (in questo senso) considerano tipicamente giuridica non la qualsivoglia materia del rapporto sociale, ma la sua forma giuridica ⁽¹³⁾. Alcune concezioni del diritto di questo genere descrivono il diritto come *norma*, norma che qualifica una qualunque realtà sociale: in tal caso un sostenitore di questo approccio parlerà piuttosto di normativismo (v.) che di formalismo ⁽¹⁴⁾.

L'idea che il diritto sia una forma dei rapporti sociali, oltre ai problemi specifici richiamati sopra, solleva peraltro tutte le questioni fondamentali attinenti alla descrizione dei fenomeni sociali, e soprattutto il problema di una eventuale contrapposizione tra scienze comprendenti e scienze esplicative. Le prime si occuperebbero di comprendere il significato dei fenomeni studiati, le seconde di individuarne le cause e le relative leggi ⁽¹⁵⁾.

In proposito si rinvia alla discussione, vivissima nell'ultimo secolo, sul metodo della scienza giuridica (# scienza giuridica) con proposta di modelli ricavati dalle scienze sociali o naturali ⁽¹⁶⁾.

3. Formalismo interpretativo.

«Formalismo giuridico» può significare una particolare concezione della interpretazione giuridica, chiamata (dai suoi critici) «formalismo interpretativo» ⁽¹⁷⁾. La concezione «formalistica» della interpretazione è oggi per lo più una tesi solo implicita negli argomenti e ragionamenti dei giuristi positivi o dei teorici del diritto, raramente una esplicita ed elaborata teoria dell'interpretazione (v. però *infra*). Trattandosi di idee implicite, esse non sono mai determinate, e raramente determinabili con precisione; pertanto si dovrebbe parlare di una famiglia di diverse tesi sulla natura della interpretazione giuridica, sottostanti alle pratiche interpretative dei giuristi, e riconducibili ad alcune idee di fondo piuttosto imprecise.

Il nocciolo di queste concezioni e pratiche è comunque l'assunto che sia possibile giungere a soluzioni definitive ed esatte nell'interpretazione del diritto; per la maggior parte dei casi e forse per tutti (tale risultato viene talora chiamato «interpretazione letterale»). Tradotto nei termini appropriati di una teoria semiotica, questo assunto non può che corrispondere alla tesi, semioticamente stravagante, che ogni enunciato giuridico possiede, da solo o in congiunzione con altri, un unico significato *proprio* ovvero *corretto*. Il compito dell'interprete sarebbe allora individuarlo limitandosi a «leggere» la lettera (le parole) delle formulazioni normative. Le norme giuridiche vengono considerate come significati prescrittivi biunivocamente connessi con gli enunciati che li esprimono: ciò a dire che ciascun enunciato giuridico, o ciascuna congiunzione tra essi, significherebbe una singola norma giuridica. Di conseguenza, ogni disputa riguardante la interpretazione del diritto potrebbe e dovrebbe risolversi sul piano della scienza e della conoscenza, *scoprendo* la corretta interpretazione del diritto.

In base a questa caratterizzazione del formalismo interpretativo, è facile vedere che una simile tesi è (di solito tacitamente) sottintesa da quelle discussioni dogmatiche e giudiziarie che danno appunto per scontato che la risposta, netta e definitiva, ai problemi interpretativi affrontati si possa trovare «leggendo bene» le parole della legge. È anche ovvio che questa versione del formalismo si estende ben oltre al diritto. Si potrebbe dire, anzi, che il formalismo interpretativo è la posizione più comune e naturale in

materia di interpretazione di qualunque testo, specialmente di qualunque testo che l'interprete consideri estremamente importante: così la scoperta della corretta interpretazione è fondamentale nelle discussioni teologiche nelle religioni basate su testi sacri; è al centro delle dispute politiche legate a una teoria scritta; è presente in molta critica letteraria.

In diritto, la tesi della esistenza di una interpretazione corretta è evidentemente connessa con il principio di legalità e con il valore della certezza, di cui apparentemente costituisce una condizione logicamente necessaria. Se la interpretazione non è univoca, così argomentano i classici fautori della certezza, il principio di legalità e la certezza del diritto risulterebbero illusori, perché ogni interprete riscriverebbe il significato della legge, pur facendo sembiante di obbedirne la lettera. Per questo l'illuminismo giuridico ha sostenuto una teoria *meccanica* della interpretazione, per cui il giudice deve essere la «bocca del legislatore»⁽¹⁸⁾. Questa tesi è talora accolta, sul versante opposto e con conclusioni opposte, dagli scettici in materia di interpretazione. Se una interpretazione corretta non esiste, si sostiene, il legalismo e il valore della certezza sono illusioni, che mascherano sotto un metodo formalistico di interpretazione e decisione i reali criteri che fanno scegliere una concreta interpretazione nei singoli casi⁽¹⁹⁾.

La versione semplicistica del formalismo interpretativo, la tesi del significato proprio e certo, come si trova ad esempio nel pensiero illuministico, appare oggi indubbiamente priva di fondamento sul piano semiotico, per la semplice ragione che il linguaggio non è in grado di funzionare nel modo presupposto dalla teoria, rendendo possibile una sola interpretazione corretta o propria degli enunciati linguistici; in particolare non funzionano in tal modo i linguaggi non formalizzati, quali i linguaggi ordinari/naturali in cui è sostanzialmente formulato il diritto. Una parte della teoria giuridica contemporanea dell'interpretazione ha cercato di conciliare questa conclusione con i valori del principio di legalità e della certezza, sostenendo che i margini ineliminabili di incertezza interpretativa più o meno ampia (vaghezza) non escludono la presenza di nuclei di certezza di significato delle parole e delle frasi, per cui le formulazioni linguistiche delle norme effettivamente possono «voler dire qualcosa». Con questo argomento siamo al centro della teoria della interpretazione e della semiotica giuridica (# interpretazione, semiotica giuridica).

Nel caso del diritto legislativo contemporaneo, la tesi del formalismo interpretativo ha acquistato una particolare rilevanza perché è stata spesso considerata necessaria a un'altra tesi giuridica fondamentale nel diritto moderno, quella della *autonomia* del diritto e specialmente del diritto legislativo, e quindi della sua interpretazione prescindendo da argomenti e materiali estranei alla legge, anzi alle parole (normative) in cui tale diritto è formulato. Ciò ha indotto alcuni critici del formalismo⁽²⁰⁾ a ritenere la tesi dell'autonomia del discorso giuridico come l'elemento principale e fondante del formalismo interpretativo giuridico.

La connessione tra formalismo interpretativo, inteso nel senso della esistenza della corretta soluzione interpretativa, e la tesi della autonomia del diritto legislativo è però una connessione solamente contingente ancorché storicamente fondamentale. Infatti un analogo errore semiotico (se di errore si tratta) è alla base di molte teorie del diritto e della interpretazione considerate anti-formalistiche, in particolare di molte teorie giusnaturalistiche, nonché di molta giurisprudenza sociologica. Queste concezioni del diritto sostengono la insufficienza e lacunosità del diritto legislativo, ma ritengono sovente che la corretta interpretazione può e deve essere scoperta, qualora si consideri una gamma diversa o più ampia di fatti sociali, ovvero di realtà metafisica, qualora insomma si vada ben oltre il linguaggio delle leggi, e il diritto «in senso formale».

In tal caso si sostiene che la sola interpretazione corretta delle parole normative può essere trovata con riferimento a fatti esterni alle parole normative: per esempio con riferimento alla volontà del legislatore, inteso naturalmente, in questo caso, come il legislatore storico; o con riferimento al modo in cui la comunità dei parlanti giuridici attualmente intende e interpreta le parole del diritto, o con riferimento agli interessi attuali che il diritto soddisfa/deve soddisfare.

Nella teoria del diritto anglosassone contemporaneo questa tesi è nota come «right answer thesis» ed è stata recentemente riproposta, con molto successo, dal filosofo del diritto statunitense R. Dworkin⁽²¹⁾. Le sue teorie hanno suscitato un certo sconcerto perché apparentemente si contraddicono criticando il positivismo formalistico e sostenendo la tesi formalistica che esiste una risposta corretta a tutti i casi giuridici. La apparente contraddizione scompare se teniamo presenti i due sensi diversi di formalismo interpretativo: per cui è possibile giungere a conclusioni «formalistiche» (ci sarebbe sempre una risposta corretta ai problemi giuridici) con argomenti «anti-formalistici» (tali risposte potrebbero essere trovate solo considerando il diritto in modo diverso e più ampio che non i giuristi «formalisti»).

Pertanto la tesi «formalistica» intesa nel senso dell'autonomia del diritto (anch'essa in verità ha versioni diverse) è logicamente indipendente dal formalismo interpretativo inteso come la tesi della esistenza di una interpretazione corretta.

Si noti che neppure il formalismo interpretativo (tesi della esistenza della interpretazione corretta) è logicamente necessario alla tesi della autonomia del diritto (soprattutto legislativo). Ciò risulta evidente dalle discussioni sul tema dell'ordinamento giuridico, e specialmente della completezza dell'ordinamento giuridico (# ordinamento giuridico, completezza; lacune). Una tesi di questo tipo è inoltre alla base della più influente versione contemporanea del positivismo giuridico, quella di Kelsen, il quale rigetta risolutamente il formalismo interpretativo nel primo senso, ma è un fautore dell'autonomia del discorso giuridico da fattori non giuridici, siano essi morali o sociologici (egli chiama questa posizione *normativismo* o «dottrina pura»).

Le tesi che perseguono un obiettivo «formalistico» in un senso dell'espressione (in quanto cercano il significato proprio del diritto), con mezzi anti-formalistici nell'altro senso dell'espressione (in quanto non credono nell'autonomia della legge), appaiono se non altro semioticamente più credibili che non la versione più semplicistica del formalismo interpretativo, che sembra talora presupporre l'esistenza di un significato proprio e certo delle parole prese una per una e in isolamento (è forse per questo che si parla

di «interpretazione letterale»?)). Infatti è palese che qualunque discorso in totale isolamento, lungi dal poter avere un significato certo, è privo affatto di significato.

Nessuno oggi dubita, infatti, che qualunque linguaggio abbia senso in quanto è tale in una comunità di parlanti e sulla base di convenzioni linguistiche relative a tale comunità di parlanti. Nella «right answer thesis» rimane poco realistica sul piano semiotico la tesi che si possa *comunque* giungere a interpretazioni uniche e certe, anche con l'ausilio di considerazioni esterne al discorso normativo in senso stretto. Ciò è probabilmente ottenibile solo in linguaggi artificiali specificamente riformulati a questo scopo. È questa la maggior difficoltà del formalismo interpretativo, inteso come la ricerca della soluzione giuridica corretta mediante interpretazione del linguaggio del diritto.

Si può, al più, affermare che le interpretazioni giuridiche più formalistiche, nel senso che maggiormente prescindono da considerazioni esterne al testo normativo, saranno in realtà le più *soggettive*, perché maggiormente dipendenti dalle attitudini e preferenze dell'interprete; mentre quelle meno formalistiche e più attente a fattori esterni al testo normativo (visto in contesto) saranno più oggettive perché meno legate all'interprete e più alle circostanze considerate. Si noti che questa conclusione capovolge il comune assunto della tradizionale teoria dell'interpretazione, che chiama «oggettiva» la interpretazione (illusoriamente) basata solo sul testo linguistico (Ross, cit.).

4. Formalismo scientifico.

«Formalismo giuridico» può significare anche una concezione della giurisprudenza come scienza formale. In questa accezione il termine formalismo discende principalmente dal senso di forma come qualcosa che esclude elementi che «normalmente» verrebbero considerati imprescindibili o rilevanti

In questo senso è comunemente detta formale la scienza giuridica giuspositivistica e normativistica, perché essa prescinde dallo studio di tutto ciò che non siano le norme giuridiche e gli atti e fatti indispensabili allo studio di queste (Kelsen). È evidente la connessione di questo atteggiamento epistemologico con la tesi dell'autonomia del diritto (legislativo); tale connessione verrà meglio illustrata *infra* al par. 6.

Il formalismo della scienza giuridica viene criticato da due punti di vista opposti.

In primo luogo, secondo i critici di impostazione realistica, la scienza giuridica formalistica trascura tutti quei fatti sociali che una «normale» descrizione sociologica o storica dei fatti giuridici non dovrebbe trascurare; il più importante tra questi fatti è la effettività delle singole norme giuridiche, che la scienza giuridica normativistica considera in larga misura irrilevante. Essa tiene conto solamente della effettività complessiva degli ordinamenti giuridici e non delle opinioni e dei comportamenti sociali nei confronti delle singole norme giuridiche.

In secondo luogo, secondo i critici di indirizzo giusnaturalistico, la scienza giuridica formalistica prescinde da considerazioni di giustizia, che sarebbero indispensabili anche per una completa *descrizione* del diritto vigente, e non solo al momento successivo della sua valutazione etico-politica. I giusnaturalisti, tra l'altro, sostengono che qualunque interpretazione del diritto non può fare a meno di ricorrere ai valori morali (v. *supra* par. 3).

Nella concezione formalistica della giurisprudenza le norme giuridiche esistono solamente in quanto valide, non perché sono socialmente effettive o perché giuste e sostenute dal riferimento a valori extragiuridici. La effettività sociale rileva solo alla esistenza dell'intero ordinamento giuridico (l'ordinamento in vigore in una società è quello effettivo), mentre la giustizia rileva solo nella misura in cui un riferimento a valori è «positivizzato», per esempio assunto in un diritto soggettivo protetto da una Costituzione (# validità, ordinamento giuridico).

Il formalismo scientifico in questo senso, di omissione di elementi extragiuridici nella descrizione del diritto, non è esclusivo della giurisprudenza giuspositivistica, oggi prevalente tra i giuristi positivi; persino correnti che si qualificano come anti-formaliste (22), e che fanno della lotta al formalismo la propria bandiera, finiscono con l'operare una qualche selezione tra argomenti e materiali giuridici da descrivere e materiali extragiuridici da trascurare nella descrizione giuridica. Così, ogni giurisprudenza sociologica propone criteri per selezionare il giuridico nella realtà sociale, per esempio, fissando l'attenzione sull'operato dei tribunali; e ogni concezione giusnaturalistica cerca di distinguere la mera moralità, da non considerare parte del diritto, dal diritto naturale vero e proprio. È evidentemente il criterio di selezione della giurisprudenza «formalistica» ad apparire ingiustificato e arbitrario, non l'idea della selezione.

Seguendo questa linea di pensiero, è stato osservato che il formalismo scientifico della giurisprudenza contemporanea (positivistica) non corrisponde al formalismo di cui si parla nelle scienze naturali moderne, dove «scienze formali» fa riferimento alla matematica e alla logica, cioè alle scienze ritenute (dai più) prive di contenuto empirico, perché tautologicamente dedotte da premesse postulate, e prive di una diretta funzione conoscitiva della realtà; le scienze formali in questo senso elaborano *potenziali* strumenti linguistici e concettuali per le discipline empiriche, ma in modo, appunto, formale, cioè prescindendo dall'effettivo uso, o interpretazione, di tali concetti per descrivere fatti.

Una scienza giuridica formale, nel senso della matematica astratta dalla realtà empirica, e come deduzione da principi primi presupposti, è semmai piuttosto la giurisprudenza giusnaturalistica, volta a dedurre da fondamentali principi etici un sistema di diritto naturale. Orbene, è ovvio che la scienza formalistica del positivismo giuridico *non* è formale in questo senso, dal momento che pretende di descrivere il diritto reale o in vigore e non un diritto ideale; non un diritto ricavato da principi ma creato di fatto dalle autorità giuridiche; questo fa del formalismo giuridico un peculiarissimo misto di considerazione di fatti e deduzione logica; è questa doppia natura i suoi critici ritengono del tutto illegittima anche sul piano epistemologico.

Di particolare rilievo, a questo proposito, appare la critica empiristica al formalismo scientifico giuspositivistico: essa sostiene che il positivismo giuridico non si è allontanato a sufficienza dal vecchio modello pre-moderno delle scienze normative, che cercano di descrivere la realtà alla luce di idee

normative da essa indipendenti: nel nostro caso in base a norme giuridiche che preselezionano il materiale rilevante ⁽²³⁾. Le omissioni e commissioni della scienza giuridica formalistica vengono ritenute da tali critici empiristi un classico caso di ideologia omissiva. Il formalismo giuridico giuspositivistico servirebbe in realtà a rinforzare l'idea che il diritto «ufficiale» sia realtà nell'unico senso possibile, cioè realtà sociale, rinforzando così una ideologia di obbedienza al diritto ufficiale e specialmente alla legge. La critica realista conclude dunque che la separazione tra giudizio di diritto e giudizio morale sul diritto che sarebbe alla base del positivismo giuridico maschera in realtà l'atteggiamento opposto. È curioso notare che ad analoghe conclusioni perviene, da un punto di partenza diverso e con argomenti epistemologici diversi, la critica giusnaturalistica al formalismo conoscitivo dei giuristi. In questo caso si argomenta che i positivisti trascurano il fondamento morale del diritto e in questo modo aprono la strada all'obbedienza incondizionata a qualunque diritto, purché effettivo, e favoriscono la sottomissione alla forza in quanto forza.

In questa sede non è possibile esaminare ulteriormente questi problemi; come si è accennato all'inizio ciò richiederebbe affrontare *tutti* i problemi fondamentali del metodo giuridico.

Ci si può limitare a osservare che, in un senso parzialmente diverso ma connesso con il precedente, è detta formalistica la cosiddetta *giurisprudenza dei concetti*, la scienza giuridica che si suole anche chiamare «(la) sistematica». Si potrebbe dire che tale scienza giuridica sistematica è doppiamente formalistica. Si noti che tale idea di sistema (sistematicità) è diversa da quella di ordinamento normativo. In questo caso la scienza giuridica fa riferimento a un sistema di concetti, a una classificazione ordinata; soprattutto mediante una catena di definizioni per genere e differenza specifica, individuanti categorie e sottocategorie; cioè secondo il modello della ramificazione ad albero.

Anche in questi casi è evidente che esaminare appieno questo tipo di formalismo significherebbe affrontare molti problemi di fondo della teoria del diritto, nonché una buona parte della sua storia moderna. Basti dire che la concezione sistematica ha avuto nel secolo scorso un ruolo centrale nel processo di razionalizzazione del diritto, specialmente in Germania. Applicata soprattutto al corpo del diritto romano raccolto nel Digesto, essa ha permesso di conciliare storicismo e razionalismo ⁽²⁴⁾. Tale sistema dei concetti, si badi bene, veniva considerato come unico, obbiettivamente esistente e intrinseco al diritto, piuttosto che uno strumento di invenzione scientifica utile alla classificazione del diritto stesso.

5. Formalismo della tecnica giuridica.

«Formalismo giuridico» può essere usato per indicare una serie di caratteristiche tecniche interne al diritto, che fissano modalità, requisiti o limiti «formali» al compimento di atti o effetti giuridici. «Formale» in questo contesto significa sia arbitrario (o artificiale) sia esteriore, cioè non necessario al raggiungimento del presumibile scopo dell'atto, né riferentesi al contenuto dell'atto o dettato da tale contenuto. La distinzione tra forme (esteriori) e contenuti in questi casi è tuttavia assai meno chiara e comunque assai più variabile di quanto non possa sembrare a prima vista, in quanto sembra basarsi su nozioni assai complesse e sfumate: prima di tutto la nozione di scopo (presumibile? tipico?) dell'atto.

Un esempio classico, e di generalissimo rilievo, di formalismo in questo senso sono i cosiddetti *requisiti di forma* richiesti per ogni sorta di atto giuridico, senza i quali l'atto non ha effetti giuridici, oppure ha effetti giuridici attenuati e/o diversi da quelli previsti per l'atto compiuto in «buona forma» giuridica. Così, per esempio, gli ordinamenti giuridici richiedono di solito che gli atti che pongono in essere contratti debbano rispettare certe forme (modalità) di compimento, quale la forma scritta, o la presenza (e sottoscrizione) di testimoni, la sottoscrizione autografa apposta in calce al documento, ecc. Le *forme* richieste dal diritto per un contratto (o per qualunque atto giuridico) vengono distinte dalla sua sostanza o *contenuto*, che spesso viene pure regolato dal diritto. Un simile formalismo in materia di «forma contrattuale» non va naturalmente confuso con il principio della tipicità dei contratti, assai importante soprattutto nel diritto arcaico, per cui esiste un numero limitato di tipi contrattuali, ciascuno rigidamente caratterizzato da requisiti di forma e da determinato contenuto e funzione non modificabile dai contraenti. Anche quest'ultimo tuttavia viene talora chiamato «formalismo» in quanto limite giuridico *arbitrario* (artificiale) rispetto agli scopi dei contraenti: ma questa volta si tratta (ciò causa molta confusione) di una forma che riguarda il contenuto degli atti!

Nel diritto pubblico, il costituzionalismo moderno ha attribuito grande importanza alla analoga distinzione tra requisiti formali e sostanziali della legge; qui i requisiti formali attengono essenzialmente alla composizione dell'organo legislativo e alla procedura legislativa (per esempio: parlamentare), quelli sostanziali al rispetto dei diritti/doveri costituzionalmente protetti.

Il formalismo in questo senso può essere più o meno impegnativo e limitante; un diritto può richiedere forme più o meno onerose e rigide. È noto che gli ordinamenti giuridici primitivi sono di solito i più rigidi sul piano delle formalità esteriori, e in essi il mancato rispetto dei requisiti formali dell'atto si accompagna spesso alla sua insanabile mancanza di effetti giuridici. Così il contratto antico, ma anche l'atto legislativo o l'esercizio dell'azione (l'inizio del procedimento giudiziario), richiederà spesso il compimento di determinati riti e gesti, la pronuncia di determinate parole, in mancanza dei quali l'atto risulta irrimediabilmente privo di effetti giuridici (invalido, nullo). Di solito questo formalismo considererà il compimento delle formalità non solo necessario ma anche sufficiente, non curandosi, o curandosi poco, della volontà e delle intenzioni delle parti: in questo caso la forma giuridica richiesta per la validità dell'atto si riduce alla sua forma esteriore. La rigidità del formalismo primitivo viene comunemente spiegata come una sopravvivenza di credenze magiche e di una concezione ritualreligiosa dell'atto giuridico; anche se questa tesi, a dire il vero, mal si concilia con la frequente mera esteriorità dell'atto, essendo noto che l'*animus* dell'agente è quasi sempre ritenuto fondamentale nell'operazione magica e l'assenza dello stato d'animo adatto è la scusa abituale per la sua mancanza di effetti. Insomma, il diritto antico, in questi suoi aspetti «primitivi», sarebbe ancora influenzato da una concezione dell'atto produttivo di effetti giuridici come atto direttamente produttivo di effetti reali sul mondo, che possono aver luogo

solo se la «cerimonia» è eseguita puntualmente. Alcune interpretazioni della storia del diritto si basano su queste indubbie caratteristiche del diritto antico per teorizzare una universale tendenza evolutiva del diritto, dalla esterioresità del rigido formalismo (in questo senso) alla maggiore elasticità di un diritto attento alla volontà e alle intenzioni degli agenti giuridici (Maine).

Mentre è probabilmente vero che il più rigido formalismo del diritto primitivo derivi storicamente da credenze magiche, tuttavia i vari istituti caratteristici del formalismo «tecnico» possono trovare giustificazione indipendentemente da ogni credenza nella magia e negli effetti reali degli atti giuridici, e precisamente nelle esigenze del formalismo pratico (v. *infra*, par. 6). Mentre, inoltre, nel diritto antico il mancato rispetto delle formalità può portare alla irrimediabile mancanza di effetti giuridici dell'atto, nel diritto contemporaneo si guarda molto più spesso con sfavore a simile «eccesso di formalismo»; ecco allora intervenire in vari modi il principio generale di «conservazione dell'atto»; con esso si mira ad attribuire un qualche effetto giuridico attenuato o condizionato all'atto viziato dalla inosservanza di qualche forma. Per esempio, spesso l'atto irrituale viene considerato produttivo di effetti giuridici *come se fosse stata rispettata la formalità*, salvo che un avente interesse faccia valere il difetto nei modi e nei tempi previsti (annullabilità).

Quanto alle forme giuridiche, esse sono evidentemente molteplici e si trovano in ogni campo del diritto e in ogni diritto. Non è evidentemente possibile neppure tentare una loro classificazione, senza tentare di ripercorrere l'intera teoria e storia del diritto dal punto di vista del formalismo. Menzionerò solamente alcuni tipi di forma giuridica a titolo di esempio.

Tra i fenomeni più appariscenti di questo tipo è il trattamento che il diritto fa del *tempo*. I *termini giuridici*, per esempio, sono da considerare un caso tipico di formalismo giuridico in questo senso; infatti essi sono spesso fissati in modo rigido e relativamente arbitrario rispetto alle esigenze «sostanziali». Molti atti possono o devono essere compiuti solamente entro a e/o non prima di un termine fisso rispetto a un momento dato: l'impugnazione di un provvedimento giudiziario, l'opposizione a un atto della pubblica amministrazione, la promulgazione di una legge. Un analogo trattamento «formalistico» del tempo avviene nel caso delle prescrizioni e le decadenze, nonché in generale per le modificazioni di situazioni giuridiche legate al passare del tempo (come l'usucapione). Tutti questi casi hanno in comune la relativa arbitrarietà del termine rispetto alla «natura della cosa», che induce a parlare di formalismo. In questo caso, la sostanza su cui si sovrappone l'arbitraria scelta del formalismo giuridico, sembra essere rappresentata dagli scopi o dai valori che il senso comune giuridico attribuisce alle regolamentazioni in questione. Si noti che la arbitrarietà è solitamente limitata al «ragionevole»: sia un termine di trenta giorni sia uno di quaranta per l'impugnazione di una sentenza appariranno ugualmente «ragionevoli» o «appropriati», almeno nella nostra società, mentre sia un termine di quaranta anni sia uno di quattro minuti chiaramente non lo sarebbero, nella presunzione che lo scopo del termine sia quello di garantire alle parti il tempo minimo sufficiente alla riflessione e alle decisioni relative nonché ad adempiere alle richieste formalità dell'atto. Opposte ma simili considerazioni valgono, ovviamente, per i tempi richiesti per l'usucapione di un bene immobile.

Un'altra categoria di portata generale di formalità in questo senso è quella che richiede la *scrittura*, cioè un certo tipo di «forma scritta dell'atto», per esempio di un testamento, o di un processo verbale, o della domanda presentata alla pubblica amministrazione; ovvero al contrario richiede la forma orale, come per il dibattimento penale in certi ordinamenti giuridici. Quali che siano le ragioni di queste «formalità», esse probabilmente appaiono tali al senso comune giuridico soprattutto perché suscettibili, in singoli casi, di essere inutili o anche dannose rispetto sia ai presumibili scopi tipici di queste forme (ad esempio: scopo di più sicura certificazione per la forma scritta; di elasticità e rapidità per quella orale), sia rispetto ai presunti scopi specifici dei singoli atti soggetti al requisito di forma.

Va comunque notato che l'espressione «forma scritta dell'atto» non può essere altro che una metafora. Ciò che viene scritto non è ovviamente un atto umano; né ci si deve far ingannare dalla circostanza che anche l'atto dello scrivere è un atto umano. Ovviamente non è dell'atto dello scrivere che qui si parla, ma dell'atto giuridico, e certo non si intende veramente che l'atto giuridico stesso venga scritto: l'atto giuridico, appunto, è un atto solo in senso metaforico. Ciò che viene scritto ovviamente è un documento di testo, il quale avrà contenuti verbali variamente collegati all'attività umana giuridicamente rilevante: l'atto giuridico è il *risultato* della qualificazione da parte di un diritto di un complesso di atti umani e fatti, tra i quali può esserci anche l'atto della scrittura (un requisito formale dell'atto giuridico). Per esempio le disposizioni testamentarie sono «scritte» nel documento-testamento; il processo verbale deve «descrivere» o «riportare» con certe modalità «formali» (riguardanti la «forma» esteriore e la «forma» contenuto) gli elementi giuridicamente rilevanti di un procedimento, ecc. L'atto giuridico, una complessa astrazione, comporta poi il collegamento, prescritto dal diritto, tra questi atti umani, e alcuni effetti giuridici. Ovviamente, ciò che viene richiesto dai diritti positivi non è quasi mai la mera scrittura, comunque e da chiunque compiuta. Il documento scritto stesso (talora su apposita carta, con timbri, firme, ecc.) è solo il punto di arrivo di una complessa procedura, che richiede vari atti preliminari diversi dalla scrittura, richiede la partecipazione di certe persone, ecc.

Si può forse dire che nel caso dei requisiti di scrittura (o oralità) si parli di formalismo tecnico-giuridico con un'enfasi leggermente diversa che non nel caso dei termini giuridici di tempo fissati artificialmente, menzionati sopra. Là infatti il tutto sembrava riconducibile prevalentemente alla distinzione tra artificiale (o arbitrario) e naturale; si sente che si ha a che fare con una formalità giuridica perché si ha a che fare con una selezione arbitraria di una sola tra le soluzioni «ragionevoli» in base alla «natura della cosa». In questo caso invece la distinzione sembra essere soprattutto tra *forma (esterna)* e *contenuto* di un atto, tra modo di fare qualcosa e il qualcosa stesso. Il fatto che questi requisiti sfocino nella produzione di un testo linguistico, inoltre, ci può indurre ad attribuire in alcuni casi a questa distinzione forma/contenuto un senso ancora più specifico, quello di opposizione tra *forma linguistica* e *significato* di un testo.

Una difficile e tormentata distinzione tentata sovente dai diritti positivi è comunque quella tra forme necessarie perché l'atto e/o l'effetto giuridico abbia luogo, ovvero necessarie o utili alla sua *prova* (# prova, nullità e annullabilità). Questi problemi, possono essere qui menzionati di sfuggita in quanto spesso connessi con il problema della scrittura. In particolare va osservato che molti giuristi (e molta teoria del diritto di ispirazione giusrealista) tendono a pensare che quando il requisito formale probatorio (ad esempio la scrittura) viene considerato assolutamente necessario alla prova, diviene difficile, e forse inutile, distinguerlo da un requisito formale dell'atto stesso.

Questa tesi non appare fondata, ma indica un'importante verità. Sul piano della teoria generale, infatti, anche *le formalità della prova* possono e devono essere ricondotte alla categoria generale della forma necessaria o costitutiva degli effetti giuridici, e precisamente alle condizioni necessarie perché abbia luogo un qualche effetto giuridico dipendente dalla prova stessa. Per esempio, la forma scritta di un tipo di contratto potrà essere richiesta solamente come condizione (necessaria) della sua provabilità; ciò significa che essa sarà condizione necessaria non della validità giuridica del contratto stesso, ma della emissione di una sentenza basata sul contratto. Un'analoga considerazione può essere fatta per un processo verbale rispetto all'atto in esso menzionato.

La teoria generale non può obliterare per un malinteso e superficiale pragmatismo (realismo), la differenza intercorrente tra formalità richiesta per la validità/esistenza dell'atto e quella richiesta per la sua prova; anche se ovviamente accade spesso che nei due casi le conseguenze pragmatiche per le parti siano identiche. Ma la differenza giuridica può risultare decisiva anche sul piano pragmatico, per esempio nei frequentissimi casi in cui la validità giuridica del contratto non viene messa in discussione. Questo problema, comunque, attiene alla teoria generale della validità/efficacia/esistenza (delle norme, degli atti giuridici) e non può essere ulteriormente trattato in questa sede.

Un'altra ricca categoria di formalità «tecniche» comuni a molti campi giuridici e a tipi diversi di diritto attiene alle *modalità di funzionamento* di organi (giuridici) collegiali e, in senso ancor più lato, al coordinamento di qualunque attività giuridica rivolta a un risultato unico e impegnante più individui. È quanto comunemente si chiama procedura o processo. Tipici esempi di queste formalità sono quelle richieste dai *regolamenti* interni degli organi (si pensi ai regolamenti parlamentari); essi sono indicati comunemente come formalità, probabilmente perché non direttamente attinenti agli obiettivi che l'organo o l'attività coordinata dovrebbe presumibilmente perseguire; così un regolamento dice come ma non cosa decidere.

Qui formalismo giuridico sembra chiaramente sottintendere una opposizione tra *mezzi* e *scopi* dell'attività giuridica; il regolamento, ad esempio, sarebbe il mezzo tecnico che permette all'organo di realizzare i propri obiettivi decisionali; per esempio a una Società per azioni di pervenire a decisioni economiche, il cui contenuto lo Statuto della società può anche non determinare direttamente; o permette a un Parlamento di emanare leggi, il cui contenuto il regolamento parlamentare di solito non determinerà direttamente. Il problema, in questo caso, è che gli scopi di un istituto giuridico complesso sono raramente dichiarati, e meno ovvi di quanto non sembri al buon senso giuridico. Il tema è ben noto, complesso e problematico (vedi specialmente # interpretazione). È certo solo che non si tratta necessariamente degli scopi soggettivi né degli utenti (destinatari) delle norme giuridiche, né dei loro originari creatori.

A questo punto è opportuno ricordare nuovamente che questa esemplificazione, in mancanza di un quadro teorico che vi metta ordine, rischia di farsi caotica e casuale, oltre che potenzialmente interminabile; va tentata una spiegazione del perché queste caratteristiche giuridiche diverse siano generalmente considerate come formalità ed espressioni di un non meglio precisato formalismo giuridico; a che cosa esse vengano di volta in volta contrapposte; che cosa abbiano in comune con i tipi e sensi di formalismo giuridico individuati nei paragrafi precedenti di questa voce.

Nel paragrafo successivo pertanto si farà un tentativo di tirare le somme, collegando in un quadro complessivo i principali diversi sensi di formalismo giuridico esaminati sopra.

6. Formalismo pratico.

Considerazioni pragmatiche, di funzione, utilità e opportunità, sono più volte affiorate nell'analisi dei diversi sensi di formalismi. Non stupirà pertanto che si possa cercare di darne una visione in qualche misura unitaria accostandosi al diritto da un punto di vista pragmatico. In primo luogo si tratta di individuare la funzione o la utilità delle tecniche giuridiche formalistiche di cui al par. 5. Ciò permetterà di attribuire un senso anche ai principali tra gli altri sensi di formalismo.

Il formalismo giuridico può essere considerato un caso di *formalismo pratico*, cioè una particolare tecnica di scelta d'azione.

Si tratta di guardare al formalismo giuridico, nelle sue varianti, come a una tecnica con la quale i giuristi scelgono le ragioni pratiche mediante le quali giustificheranno le proprie scelte d'azione. In questo senso, le ragioni pratiche sono astrazioni, parti di un ragionamento anche successivo all'azione. Esse non coincidono necessariamente con i motivi, ossia con le cause psicologiche delle azioni. Per i giuristi della nostra cultura, le ragioni pratiche accolte come tipicamente giuridiche sono per lo più delle norme che operano le scelte d'azione in modo generale e astratto, cioè sulla base di aspetti generali dei soggetti, delle azioni regolate e delle azioni prescritte. Inoltre le norme fungono anche da ragioni di secondo grado, cioè costituiscono contemporaneamente una ragione per agire e una ragione (appunto di secondo grado) per non considerare le altre ragioni pro e contro la scelta prescritta dalla norma ⁽²⁵⁾.

Il formalismo pratico nel diritto è dunque essenzialmente una tecnica giustificativa mediante norme. Questo spiega le profonde connessioni e la frequente identificazione tra formalismo giuridico e normativismo.

Le norme generali/astratte (giuridiche) pertanto, per loro natura, non considerano gli aspetti particolari (idiosincratici) dei casi concreti che pure regolano, dopo averli individuati in base alle loro caratteristiche di genere; qualcuno sostiene pertanto che il diritto, in quanto norma, non può evitare di trascurare la

«sostanza» irripetibile del singolo caso concreto, e non permette quindi il suo trattamento equo [# equità (giudizio di), giustizia].

Il formalismo dei giuristi inteso come il punto di vista di chi si serve del diritto come di uno strumento mentale per esercitare le scelte d'azione, risulta dunque essere una *tecnica di scelta* di azione e decisione pratica, cui si collegano sia svantaggi che vantaggi che possono essere valutati appieno solamente in ciascuna specifica situazione o tipo di situazione. Comunque vantaggi e svantaggi dell'impiego di questa tecnica di scelta (mediante ragioni predisposte in linea generale, cioè norme) vengono entrambi grandemente moltiplicati dal fatto che, nei diritti moderni, le stesse norme vengono scelte non già per il loro merito individuale, ma anch'esse mediante la tecnica del formalismo pratico, cioè mediante norme che prescrivono i criteri di scelta (dette metanorme o norme su norme o norme secondarie): le norme giuridiche, infatti, non vengono scelte volta per volta, ma in quanto fanno parte di un ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico, da questo punto di vista, può essere considerato come un enorme meccanismo (mentale) di formalismo pratico, per guidare nella scelta di come agire e nella giustificazione delle azioni.

Il formalismo pratico, in questo ultimo senso (scelta d'azione mediante norme), ovviamente non è affatto esclusivo dei giuristi, e questo vale anche per il formalismo più complesso che si serve di ordinamenti normativi: morale, religione, politica si servono anch'essi normalmente di questo strumento di standardizzazione e controllo delle scelte pratiche.

Tuttavia il diritto è indubbiamente il campo dove questa tecnica ha avuto il suo massimo, sistematico e visibile sviluppo. In specie il diritto contemporaneo e moderno è determinato non solo da ciò che contiene, ma anche da ciò che esclude, dal fatto di essere un *sistema chiuso* di giustificazioni (normative); dal fatto che qualunque argomento a favore di una scelta d'azione non viene assunto nel diritto senz'altro in base ai suoi meriti (comunque essi siano calcolati) ma solo se risponde ai criteri di accesso nell'ordinamento giuridico fissati dall'ordinamento

SteSSO (# fonti del diritto, ordinamento giuridico). Questi criteri tipicamente fanno riferimento non alla sola ragione umana, ma a requisiti di procedura e di competenza, di cui ora si dirà. La chiusura del diritto esclude ogni argomento di tipo etico non recepito dal diritto positivo; ciò spiega anche la versione moderata del formalismo etico (v. *supra*), che valuta positivamente l'uguaglianza di trattamento formale; essa non è altro che la valutazione etica positiva attribuita alla applicazione costante di una norma generale ed astratta. Un altro connesso valore che può essere portato a sostegno della tecnica del formalismo pratico è quello della certezza, cioè della possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni.

In verità, come è ovvio, la maggior parte dei formalismi tecnici dei giuristi (esemplificati *supra* al par. 5) possono essere compresi come il tentativo di massimizzare la certezza del diritto; quasi sempre la maggior certezza ha naturalmente un «costo» nel sacrificio di altri valori che verrebbero maggiormente tutelati (a spese della certezza) da una diversa tecnica decisionale non formalistica, cioè con decisioni e scelte prese volta per volta, avendo presenti tutte le particolarità del caso singolo. Per questo va detto che una valutazione completa delle singole soluzioni formalistiche può essere compiuta solo con riferimento alle situazioni specifiche, e tenendo presenti la storia del diritto e delle società considerate, cioè la storia dei problemi che ciascuna tecnica del formalismo pratico ha cercato di volta in volta di risolvere.

Le infinite tecniche giuridiche formalistiche, di cui si è data una breve esemplificazione al par. 5, possono essere classificate secondo due tipi principali di formalismo pratico, o requisiti (di forma) posti dal diritto (26).

Il primo tipo di formalismo pratico è quello *deduttivo-contenutistico*: il contenuto delle norme viene dedotto dal contenuto di norme (più) generali e astratte (talora dette anche principi primi), sulla base di interpretazioni/applicazioni più o meno discrezionali (il grado di discrezionalità dipende dalla vaghezza delle norme più generali/astratte). Questa tecnica viene spesso sentita come relativamente «meno formalistica» rispetto ad altri tipi di formalismo pratico (*infra*); ma va osservato che si tratta pur sempre di una scelta in base alla tecnica normativa formalistica, nel senso del formalismo pratico, perché gli argomenti rilevanti, dedotti da principi, sono formati e scelti prima e indipendentemente dalla considerazione di ciascun singolo caso. I critici di questo tipo di formalismo pratico (comune anche in morale) si oppongono alla rigidità matematizzante che esso rischia di introdurre nel ragionamento pratico.

Ancora più «formalistiche» sono, in un certo senso, le tecniche del formalismo pratico che pongono dei requisiti che possono essere chiamati (usando impropriamente e in senso lato dei termini giuridici) requisiti di *procedura*, requisiti di *formula*, requisiti di *competenza*.

I *requisiti di procedura* (fissati da norme giuridiche) stabiliscono che una norma appartiene all'ordinamento solo se è stata «creata» o «posta» nei modi previsti, che possono essere fatti o azioni di qualunque tipo e varietà: la storia delle procedure giuridiche richieste dai vari ordinamenti è tra le più varie e fantasiose. Affini, ma distinguibili, dai requisiti di procedura sono i requisiti di *formula* che richiedono, per la validità della norma giuridica, che essa contenga frasi o parole determinate (le formule sono frequentissime e importanti nei diritti antichi: si pensi alla formula romana dell' *actio*). I *requisiti di competenza* (o autorità) sono strettamente connessi con quelli di procedura. La norma è valida solo se è «posta» da certe persone che si dicono allora *autorità*, di solito naturalmente anche con certe procedure o modalità ed eventualmente con certe formule: la connessione tra autorità e procedure è presente anche nei diritti più «informali» quantomeno per distinguere la funzione giuridica da quella privata delle persone dotate di competenza.

Queste tecniche ovviamente mirano ad evitare che si protragano indefinitamente sia le controversie sulla scelta delle norme giuridiche generali (l'esercizio del potere legislativo viene affidato a organi selezionati anch'essi da norme giuridiche) sia le controversie sull'applicazione di queste norme generali (l'esercizio del potere giudiziario viene analogamente delimitato quanto a competenza e procedure).

È importante notare che questa concezione «formalistica» dell'ordinamento giuridico permette di considerarlo in linea astratta come una macchina razionale per prendere decisioni, a funzionamento *deduttivo*. La natura deduttiva di alcuni tipi di rapporto «formale» tra norme giuridiche è spesso negata, dal momento che non si tratta di un rapporto di deduzione di contenuti: mentre è possibile ricavare per deduzione di contenuti una norma da una norma più generale e astratta (non rubare, quindi non rubare adesso e qui), ciò non sembra possibile nel caso di *rapporti dinamici* come sono quelli stabiliti mediante il ricorso alle tecniche di formula, procedura e competenza: non possiamo certo dedurre il contenuto delle leggi dal regolamento parlamentare. Di contro a questa opinione si può sostenere invece che si tratta pur sempre di un rapporto deduttivo, se si tiene presente che tra le premesse minori va inserita la necessaria descrizione dei fatti rilevanti. Se è valido nell'ordinamento il contenuto normativo di qualunque norma che verrà emanata con determinate procedure, e se è vero che le procedure sono state osservate [quindi] è valida - nell'ordinamento - la norma così approvata. Validità qui significa esattamente lo stesso che nel caso del classico sillogismo «sostanziale» che chi accetta le premesse (e in particolar modo l'ordinamento) deve logicamente accettarne anche le conseguenze, cioè le norme valide in quell'ordinamento.

- (1) Treves, *Introduzione*, cit., 162 ss.; Fassò, *Storia*, cit., vol. III, capp. X e XI.
- (2) Capograssi, *Studi*, cit.
- (3) Fuller, *Fidelity*, cit.
- (4) V., Bobbio, *Il positivismo*, cit.; Tarello, *Formalismo*, cit.
- (5) Lyons, cit.
- (6) *Contra* Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit.
- (7) Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit.
- (8) Frosini, *Struttura*, cit.
- (9) Kelsen, *Dottrina pura*², cit.
- (10) Ross, *Diritto e giustizia*, cit.
- (11) Marcuse, in Wolff, Moore jr., Marcuse, cit.
- (12) Pasukanis, cit.
- (13) Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, cit.
- (14) Fassò, *Storia*, III, 217 ss.; Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit.
- (15) Von Wright, cit., Winch, cit.
- (16) Stammler, *Ueber die Methode*, cit.; Larenz, cit.
- (17) Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit.
- (18) Beccaria, cit.
- (19) Schmitt, cit.
- (20) Tarello, cit., 577.
- (21) Dworkin, cit.
- (22) Fassò, cit.
- (23) V., Scarpelli, *Cos'è il positivismo*, cit.; Jori, *Il metodo*, cit.
- (24) Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit.; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*.
- (25) Raz, cit.
- (26) Jori, *Il formalismo giuridico*, cit.