

2 0 0 8



**Seminario
interdisciplinare
sul tema
Etica, economia e
diritto**

Genova, 12 dicembre 2008

Federico José Arena

**Formalismi e attività dei
giudici**

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Le somiglianze tra i formalismi* - 3. *Formalismo e attività dei giudici* - 4. *L'obiezione istituzionalista al formalismo* - 5. *Conclusioni* - 6. *Bibliografia*.

1. Premessa

In questo lavoro tenterò di offrire una interpretazione della critica di formalismo nell'ambito giuridico. Sotto questa interpretazione sono formaliste quelle posizioni che di un fenomeno ne astraggono una proprietà e ne trascurano altre. Di fronte alle proprietà trascurate le posizioni formaliste possono adoperare due atteggiamenti, orbene si disinteressano, orbene hanno pretese spiegativi. In quest'ultimo caso la pretesa può essere indirizzata a fondare un giudizio valutativo o un enunciato descrittivo. Mi sembra che fin qui l'interpretazione proposta serve per avvertire certi meccanismi argomentativi, ma ancora no permette fare del formalismo un'accusa. Da un verso tenterò di evidenziare questo tipo di meccanismo argomentativo facendo riferimento a due proposte teoriche in filosofia del diritto. Da un altro verso, nel percorrere brevemente e di maniera incompleta certe tesi dell'istituzionalismo economico mi è sembrato trovare non solo una versione della critica di formalismo, ma anche due tipi di obiezioni sostanziali.

2. Le somiglianze tra i formalismi

In questa sezione proporrò una ricostruzione della critica che sotto il nome di “formalismo” è stata rivolta contro diverse posizioni teorico-giuridiche. Prima di cominciare mi sembra opportuno fare un chiarimento metodologico; ho l'intenzione di analizzare gli usi del termine formalismo, ma non mi fermerò nella sola enunciazione degli usi, a questo scopo mi servirò dei lavori che hanno già fatto l'elenco pertinente come gli articoli di Bobbio (1972) e Tarello (1974), tenterò invece di trovare ciò che condividono e che potrebbe spiegare l'uso della stessa etichetta in casi diversi. Nel portare avanti questo compito eviterò formulare generalizzazioni empiriche, giacché l'autorità per formularle non è stata concessa a chi usi metodi come quello che userò qui. Non sono alla ricerca del significato di “formalismo” e nemmeno ho la pretesa di sostituire il concetto attuale per uno più rigoroso. Soltanto tenterò di mostrare certe connessioni tra i diversi usi che mi permettano di osservare il fenomeno da un'altra prospettiva. Qualcosa di simile all'effetto che ne conseguirebbe di modificare il modo in cui è ordinato un insieme di libri su uno scaffale.

Penso che le diverse (ma simili) classificazioni che Tarello e Bobbio fanno del formalismo, possano essere presentate come segue:

1. Formalismo dell'ordinamento giuridico

E' formalista l'ordinamento giuridico dove per produrre effetti giuridici è necessario e sufficiente adempire certe forme, consistenti nel compimento di pratiche o riti in maniera esattamente conforme ad un modello¹.

2. Formalismo della concezione della giustizia (o formalismo ideologico)

E' formalista la concezione della giustizia che ritiene che un atto è giusto se è d'accordo con una legge o un modello prestabilito². Nella formulazione del cd. legalismo etico bisogna distinguere due tesi: i. la concezione formale della giustizia: secondo cui atto giusto è quello conforme a una legge o modello. ii. la concezione legale o

¹ “Ordinamento giuridico dove la produzione di effetti giuridici avviene mediante atti (in senso lato) identificabili ed identificati dalla loro ‘forma’” (Tarello, 1974, p. 22) All'interno del formalismo con riferimento all'ordinamento giuridico si trovano anche, secondo Tarello, quelli ordinamenti dove il legislatore ha incorporato elaborazioni dogmatiche in modo irreflessivo, e quelli ordinamenti che regolano la tutela processuale dei diritti.

² “Il giudizio etico consiste in un giudizio di conformità di un atto alla norma, onde buono è l'atto compiuto per adempiere alla legge, cattivo quello compiuto per trasgredirla.” (Bobbio, 1972, p. 81)



positivistica della forma: secondo cui la legge o modello è quello stabilito dal diritto positivo³. Il legalismo etico, come lo definisce Bobbio, è una posizione che difende i. e ii., ma i. non è una tesi esclusiva del legalismo etico⁴, è condivisa dalle teorie universaliste in etica⁵.

3. Formalismo della scienza giuridica:

Una concezione della scienza giuridica è formalista quando, in generale, ritiene irrilevanti le acquisizioni e le ricerche estragiuridiche.

Si possono distinguere il formalismo con relazione al concetto di diritto (formalismo teorico) e con relazione all'interpretazione giuridica (formalismo metodologico).

a. Concetto di diritto. All'interno di questa etichetta è solito includere: i. Diritto come forma: è formalista la posizione che ritenga che il diritto soltanto regola la forma degli atti (Kant secondo Bobbio⁶) o che il diritto sia uno schema di interpretazione di fatti, una forma (Kelsen⁷). ii: Diritto come norma: dottrina generalmente associata alla scuola analitica anglosassone "secondo cui un fatto (nel senso più largo) è giuridico quando è preso in considerazione da una norma giuridica che gli attribuisce determinate conseguenze"⁸

b. Interpretazione giuridica. Di formalismo interpretativo ci sono parecchie definizioni, vorrei concentrarmi in due tesi: i. è formalista la teoria dell'interpretazione che ritenga che nell'interpretazione è necessario tenere conto di un unico metodo interpretativo, sia il letterale, sia il sistematico. ii. è formalista la posizione che ritenga che ogni enunciato normativo ne possiede uno e solo un significato corretto.

A mio avviso c'è una connessione tra queste diversi usi di formalismo ma è tuttavia necessario fare certe distinzioni. In primo luogo è necessario distinguere tra il contenuto descrittivo e il contenuto critico o valutativo del termine formalismo. Un conto è capire cosa fa un formalista e un altro conto è capire cosa si ritiene ci sia di sbagliato nel suo modo di avvicinarsi a certo oggetto. Nella

³ "Formalismo giuridico diviene sinonimo di 'concezione legalistica della giustizia', che consiste nel ritenere giusto quanto la legge stabilisce" (Tarello, 1974, p. 25)

⁴ Bobbio segnala questa condivisione dicendo che è più estesa "la teoria legalistica della giustizia non più riferita al diritto positivo, ma al diritto naturale", da lui nominato "legalismo giusnaturalista". Cfr. Bobbio, 1972, p. 83.

⁵ All'interno del formalismo come concezione della giustizia si può inserire anche il cd. formalismo giudiziario che consiste nell'esagerazione da parte dei giudici dei requisiti processuali.

⁶ Bobbio, 1972, p. 86.

⁷ Bobbio, 1972, p. 86.

⁸ Bobbio, 1972, p. 88.

ricostruzione degli usi che ho fatto non ho ancora menzionato cosa ci sia di sbagliato in queste posizioni.

Rispetto al versante descrittivo è solito dire formalista a chi si concentra sulla forma e non sul contenuto. Questo è il modo in cui viene comunemente caratterizzato il formalismo in generale; la forma si distingue dal contenuto e ogni posizione che sia formalista è una posizione che non s'interessa per il contenuto. Nonostante, se si ricorda l'origine del termine forma, come fanno Tarello e Bobbio, è possibile avvertire che la forma non è necessariamente qualcosa vuota⁹. Così, che forma venga opposta a contenuto non dovrebbe portare allo sbaglio di pensare che le forme a cui si fa riferimento non abbiano nessun contenuto.

Una concezione di formalismo basata sull'opposizione tra forma e contenuto non serve, come tenterò di mostrare in seguito, per capire perché si parla di formalismo nel caso dell'ordinamento giuridico, né nel caso del legalismo etico, né nel caso dell'interpretazione letterale. In questi casi ciò che viene nominato forma ne possiede anche un contenuto. Per esempio, nel caso di un ordinamento giuridico formalista ciò che qui viene inteso come formalità non è qualcosa priva di contenuto. Anzi, le formalità di solito fanno riferimento a numerosi requisiti che gli atti in questione devono soddisfare. Non può ritenersi che sia priva di contenuto la procedura della *mancipatio* dove si richiede, oltre la presenza di cinque testimoni e di un libripens, l'esecuzione di certi atti da parte dell'acquirente, come recitare una formula e percuotere una bilancia con un frammento di bronzo. Anche nel caso del formalismo etico (o legalismo etico) benché si ritenga sufficiente l'essere una legge perché sia obbligatorio ubbidirla, l'essere una legge consiste in un insieme di requisiti tutt'altro che vuoti e l'adeguatezza dell'atto al modello dipende dalla sussunzione del primo in una descrizione che, di nuovo, ne possiede un contenuto.

Penso che si potrebbe dire che tutte queste posizioni si caratterizzano per portare avanti un processo di astrazione. Un processo attraverso il quale, di un fenomeno, si prendono in considerazione certe proprietà e si sottraggono altre. Questo processo di astrazione viene anche segnalato dai diversi autori che si occupano di formalismo quando si riferiscono all'omettere, il prescindere, il

⁹ Tarello fa un chiarimento iniziale sull'uso del termine formalismo perché nell'antichità veniva usato anche per far riferimento ad un "carattere essenziale di un oggetto", come nel caso delle forme platoniche. Cfr. Tarello, 1974, p. 19. Anche Bobbio ritiene necessario far segno all'origine del termine dicendo che forma nel linguaggio filosofico "indica in un qualsiasi frammento della realtà l'elemento costante rispetto a quello variabile, ciò che non partecipa al mutamento, ma, accogliendolo, lo fissa." Cfr. Bobbio, 1972, p. 99.



trascurare o il senza tener conto di, in cui incorrono queste teorie¹⁰. Formalista è chi, in primo luogo, si concentra in certe proprietà e ne trascura altre. Per esempio gli ordinamenti primitivi ne privilegiano la proprietà di adempiere con certe cerimonie, la concezione legalistica della giustizia ne privilegia la proprietà di adeguarsi a una legge o modello, l'interpretazione letterale ne privilegia il fatto di essere il significato letterale di certi termini, ecc.

Comunque, non abbiamo ancora detto niente sull'accusa di formalismo. Non sappiamo perché il privilegiare una certa proprietà sia motivo di condanna teorica. Questo non può certamente essere tutto quanto c'è nell'accusa, perché il processo di astrazione, benché discusso¹¹, è necessario per la costruzione di concetti e di teorie. Questo è ovviamente avvertito dai critici del formalismo. Bobbio riconosce che in un senso tutte le teorie sono formali perché mettono di rilievo gli aspetti costanti del diritto¹². Anche Kelsen sostiene che i concetti (la generalizzazione) sono uno strumento necessario delle teorie perché solo in questo modo possono ripresentare la realtà senza ripeterla¹³.

L'accusa di formalismo deve allora andare oltre e dipenderà dall'atteggiamento di chi porta avanti il processo di astrazione. Chi porta avanti questo processo di astrazione può avere o può non avere pretese circa la rilevanza dell'analisi della proprietà in questione per quello delle proprietà omesse. L'accusa di tecnicismo si rivolge a chi si disinteressa dalle altre proprietà. Questa è per esempio l'accusa da cui si difende Kelsen quando dice che la dottrina pura vuol essere una teoria e che il fare dottrina pura non toglie la possibilità di fare politica, ma soltanto costituisce l'esigenza di mantenerla separata dalla teoria. "Se una scienza, che, nella consapevolezza dei suoi invalicabili

¹⁰ "prescindendo completamente da ogni considerazione intorno alla natura o al fine del dovere" (Bobbio, 1972, p. 81) "trascurando fattori storici, teleologici, economici, funzionali, ambientali o, in una parola, fattori (che si assumono) estrinseci" (Tarello, 1974, p. 38) "senza tener conto della maggiore o minore aderenza alla pratica, della maggiore o minore utilità dei risultati, della stessa praticabilità della soluzione" (Tarello, 1974, p. 44)

¹¹ "I deny that I can abstract one from another, or conceive separately, those qualities which is impossible should exist so separated; or that I can frame a general notion by abstracting from particulars in the manner aforesaid. Which two last are the proper acceptance of *abstraction*." (Berkeley, (ed)1998, p. 93)

¹² "[T]utte le teorie, per il fatto stesso che mirano a dare una nozione quanto più possibile comprensiva del diritto, tendono a mettere in rilievo gli aspetti costanti del diritto, e da questo punto di vista si potrebbe dire che ogni teoria è formale". Bobbio, 1974, p. 85.

¹³ "E' tramite i concetti di una dottrina generale del diritto che deve infatti essere padroneggiata, secondo i principi della conoscenza, l'immensa quantità del materiale giuridico positivo. Come ogni conoscenza, anche la conoscenza giuridica deve necessariamente formalizzare il suo oggetto. Nessuno può fare di *questo* "formalismo" un'accusa.". Kelsen, 1992, p. 41.

limiti, rifiuti di voler risolvere problemi che resta negato per sempre risolvere con i mezzi specifici della scienza, se una tale scienza è “formalistica”, allora “formalistico” non vuol dire altro che essere onesti”¹⁴. Penso che in questo modo possa intendersi l'accusa rivolta contro la concezione del diritto come forma, o del diritto come norma o contro gli studi di logica deontica. Di questo tipo di accusa non mi occuperò in quanto segue.

L'accusa di astrazionismo in senso stretto si rivolge invece a chi concentrandosi in una proprietà ha la pretesa di raggiungere anche le proprietà trascurate. Ci sono due tipi di astrazionismo secondo il tipo di vincolo che si ritiene esiste tra le proprietà studiate e quelle trascurate. Il vincolo può essere valutativo o descrittivo. Detto altrimenti, il formalismo può essere inteso come proponendo l'associazione tra proprietà a scopo valutativo o a scopo descrittivo¹⁵.

Un esempio del primo tipo lo sarebbe la concezione formale di giustizia che astrae la proprietà di adeguazione a un modello, tramite sussunzione, e ritiene che questa proprietà coinciderà sempre con la proprietà giusto o buono. Ogni volta si verifichi, attraverso una proprietà che permette la sussunzione, l'adeguazione al modello, si verificherà anche la proprietà giusto o buono¹⁶. L'accusa in questo caso si traduce nel segnalare che si adduce la bontà o giustizia dell'atto senza verificare se questa attribuzione coincide con la realtà nel caso presente.

Un esempio del secondo tipo lo sarebbe la concezione formalista dell'interpretazione¹⁷. Sotto questo punto di vista una teoria formalista dell'interpretazione isolerebbe il significato letterale o sistematico di un enunciato normativo e avrebbe la pretesa che

¹⁴ Kelsen, 1992, p. 49.

¹⁵ Benché Kelsen sia preoccupato di difendere la dottrina pura dall'attacco di formalismo la sua analisi mi ha aiutato a distinguere i diversi sensi. Kelsen distingue tra la teoria del diritto e la prassi giuridica. L'attacco di formalismo significa diverse cose in ogni caso. Rivolta contro la prassi giuridica, cioè l'attività di produzione, formazione e perfezionamento del diritto, sembra voler indicare un tipo di inadeguatezza o di non conformità allo scopo. Il formalismo come inadeguatezza ad uno scopo non può essere rivolta contro la teoria. La teoria solo può essere criticata secondo la corrispondenza con i fatti, cioè secondo la sua verità o falsità. Cfr. Kelsen, 1992, p. 39-40.

¹⁶ Questo è anche uno dei rimproveri che Hart fa all'atteggiamento formalista. “An attitude to verbally formulated rules which both seeks to disguise and to minimize the need for such a choice, once the general rule has been laid down.” La necessità di scegliere si presenta ogniqualvolta arriva un nuovo caso e bisogna confrontare un'altra volta gli interessi in gioco, che possono essere diversi a quelle presenti nel caso paradigmatico tenuto in considerazione al momento di enunciare la regola. (Hart, 1994, p. 129)

¹⁷ Con la salvezza che l'atteggiamento formalista con riguardo alla teoria dell'interpretazione può anche assumere un'impostazione valutativa. Cfr. nota 16.



questo significato coincide sempre con la norma, sia che per norma si intenda ciò che voleva dire l'autorità, sia che si intenda ciò che dicono i giudici¹⁸. In questo senso sono formalisti “quei metodi che, nel ricavare da una norma un significato ai fini della soluzione di un problema giuridico, si affidano ad elementi che si assumono essere intrinseci alla norma (sia il significato letterale o il sistematico) in questione, “trascurando fattori storici, teleologici, economici, funzionali, ambientali o, in una parola, fattori (che si assumono) estrinseci.”¹⁹

In quest'ultimo senso è formalista quella posizione che pretende descrivere un certo fenomeno senza accertare di fatto l'esistenza di certe proprietà ma ritenendole verificate per la mera verifica di un'altra proprietà ritenuta ad esse collegata.

C'è nel formalismo una certa miopia per la realtà.

3. Formalismo e attività dei giudici

Per diverse ragioni l'attività dei giudici è diventata una questione centrale nella filosofia del diritto, penso si potrebbe dire che il giudice è attualmente il paradigma di *homo juridicus*. I giudici sono un sottoinsieme dei destinatari a cui vengono indirizzati gli enunciati del legislatore. Questo sottoinsieme si caratterizza in primo luogo per il fatto che, in virtù della loro professione, i destinatari ne possiedono una conoscenza più precisa di quegli enunciati. E in secondo luogo perché a loro vengono indirizzate richieste di soluzione di controversie (di origine diversa, ma di solito come conseguenza di un conflitto di interessi), benché non siano gli unici a ricevere questo tipo di richieste. Ma tra i teorici del diritto non c'è accordo su come concepire l'attività di questi soggetti. A continuazione mi riferirò a due proposte teoriche che affrontano, da prospettive diverse, questo problema e tenterò di mostrare come la ricostruzione che ho fatto del formalismo, nel senso più preciso di astrazionismo a scopo descrittivo, mette in luce il modo in cui queste proposte difendono certe tesi delle proposte analizzate.

1. Punto di vista interno

Secondo Hart l'esistenza del diritto moderno dipende dal fatto che certi individui accettino una regola che stabilisca i criteri per decidere circa la validità di altre regole. Questa regola di riconoscimento se esiste, esiste nell'attività dei giudici. Mentre i

¹⁸ “By freezing the meaning of the rule so that its general terms must have the same meaning in every case where its application is in question” (Hart, 1994, p. 129)

¹⁹ Tarello, 1974, p. 38.

filosofi scandinavi si domandavano per i determinanti che, di fatto, operavano su i giudici al decidere, Hart si domanda che cosa si deve ritenere guida l'attività dei giudici perché sia possibile costruire un concetto di diritto²⁰. L'attività dei giudici viene così trasferita da Hart al nocciolo del concetto di diritto con lo scopo di spiegare l'esistenza di una speciale regola sociale, la regola di riconoscimento.

Nell'articolo che voglio analizzare Shapiro segnala che questa proposta teorica è accompagnata da una proposta metodologica. Secondo Hart la scienza del diritto deve interessarsi per il modo in cui i partecipanti della pratica giuridica percepiscono loro stessi. La scienza del diritto deve prendere in considerazione il punto di vista dell'*insider*, dei membri del gruppo²¹. Questo punto di vista ermeneutico tenta di descrivere il (comportamento del gruppo sociale che vive sotto il) diritto facendo riferimento al punto di vista dei membri. In uno dei passi più discussi del suo libro Hart dice che il suo vuol essere un percorso tanto filosofico-concettuale quanto di sociologia descrittiva²². Anche Shapiro assume un compito teorico. Dove per compito teorico intende, per opposizione ad un compito pratico, l'osservare e descrivere un certo fenomeno sociale, un certo gruppo di individui, studiando il suo comportamento²³.

La discussione intorno al punto di vista interno nella letteratura post-hartiana è assai estesa. Questa discussione si è spesso concentrata sul contenuto o natura di questo atteggiamento. Nei testi sembra esistere un accordo che l'accettazione in Hart non vuol essere equiparata né a una ragione prudenziale né a una ragione morale. Ma non è risultato sempre chiaro quale sia il criterio per decidere tra le diverse proposte.

Il punto di vista interno è secondo Shapiro l'atteggiamento pratico o normativo (per opposizione a teorico) di chi accetta un pattern convergente di comportamento come standard di comportamento che deve essere rispettato dal gruppo nel suo

²⁰ Questa pretesa sembrerebbe strana quando fatta precisamente da chi accusa di circolarità a chi aveva tentato anche di mettere l'attività dei giudici al centro del concetto di diritto, come aveva fatto Holmes. Precisamente la stessa accusa di circolarità da Hart rivolta ai realisti è stata rivolta a Hart. Cfr. Ruiz Manero, 1990.

²¹ "On this reading, Hart's doctrine of the internal point of view is a methodological prescription that demands that legal theories resonate with the shared experiences of legal natives. Jurisprudence must take the point of view (views) of the insider: It must be 'hermeneutic' in orientation." (Shapiro, 2006, p. 1158)

²² Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1994.

²³ "Hart himself, qua legal theorist, actually takes the external point of view towards the law, though here external means theoretical and the particular theoretical stance is hermeneutic" (Shapiro, 2006, p. 1160)



complesso²⁴. Un atteggiamento è pratico quando pretende dare risposta alla domanda “Cosa fare?”²⁵. Dal fatto che certi membri del gruppo abbiano questo atteggiamento dipende, secondo Shapiro e Hart, che esista una regola sociale di riconoscimento. Se il gruppo rilevante sono i giudici, come di solito ritengono queste teorie, allora questo atteggiamento deve verificarsi nell'attività dei giudici.

Tuttavia la conclusione a cui approda Shapiro su cosa consista il punto di vista interno, cioè, l'atteggiamento pratico che i membri del gruppo hanno in confronto col diritto, non è basata su di una verifica empirica, ma su ragionamenti concettuali:

“I argue instead that Hart’s aim in introducing the internal point of view was, in addition to the two previously mentioned, to render the thoughts and discourse of legal actors comprehensible. The internal point of view, in other words, does not explain the morality or rationality of legal activity, but rather its very intelligibility.”²⁶

Questo sembra strano perché lui stesso (e anche Hart) hanno la pretesa di portare avanti un'impresa (benché ermeneutica anche) descrittiva. E' vero che c'è un senso in cui descrittivo può anche dirsi di enunciati concettuali, oltre che di enunciati empirici. Tuttavia, essendoci la possibilità di verificare empiricamente l'atteggiamento dei membri rilevanti del gruppo, allora quale sia questo atteggiamento è una questione di fatto, non concettuale.

Invece, secondo Shapiro, l'enunciato “i giudici adoperano con riguardo alle regole il punto di vista interno” non è una verità di fatto, ma una necessità concettuale sia per l'esistenza di regole sociali, sia per l'intelligibilità dell'attività stessa dei giudici. Senza assumere il

²⁴ “Hart says that to accept a social rule is to regard a pattern of behaviour 'as a general standard to be followed by the group as a whole'” (Shapiro, 2006, p. 1161)

²⁵ “We should understand Hart's internal point of view as a commitment to act in all of the above ways. That is, one takes the internal point of view towards a rule when one intends to conform to the rule, criticizes others for failing to conform, does not criticize others for criticizing, and expresses one's criticism using evaluative language.” (Shapiro, 2006, p. 1163)

²⁶ Shapiro, 2006, p. 1166. Rispetto all'intelligibilità precisa: “Insofar as participants conceive of the law as a social institution consisting of rights and obligations, they must, on the pain of incoherence, also accept certain rules that require and permit various courses of conduct. A theory like Austin's that does not admit of rules, or their acceptance, thus renders incomprehensible the way legal participants think about their actions. [...] The claim here is not simply that Austin is wrong about the actual motivations of legal participants, but that he could not possibly be right.” (Shapiro, 2006, p. 1167) E rispetto all'esistenza della regola sociale afferma: “Without supposing that officials take the attitude of norm-acceptance to the rule of recognition, there could be no rule of recognition and hence law could not exist as a conceptual matter.” (Shapiro, 2006, p. 1165)

punto di vista interno non avrebbe senso il discorso che gli stessi giudici fanno su autorità e obblighi.

In quanto la sua conclusione è una descrizione non realistica dei fatti sociali, mi sembra che si assomiglia a certe accuse di formalismo rivolte ad altre imprese teoriche. Si comincia per affermare che si ha la pretesa di portare avanti una descrizione dell'attività dei giudici. Inoltre si afferma che per delucidare quest'attività è necessario concentrarsi nel modo in cui i partecipanti, cioè i giudici, concepiscono la propria attività. Tuttavia man mano che la ricerca avanza si assume un tipo di analisi concettuale consistente nel concentrarsi in una proprietà della pratica (il discorso normativo) e invece di individuare empiricamente l'atteggiamento dei partecipanti si pretende che quest'altra proprietà, ritenuta concettualmente collegata alla prima, si verifica nella realtà sociale.

2. Formalismo e decisione giudiziale. Le théorie des contraintes juridiques

Oltre al rapporto con il concetto di diritto, i teorici si sono interessati anche al contenuto delle decisioni giudiziarie. Per esempio, la teoria dei *contraintes* giuridici ha la pretesa di spiegare il fatto che i giudici benché abbiano un'ampia libertà nell'interpretare gli enunciati giuridici, finalmente decidano d'accordo a certi limiti. "L'observation du droit positif montre que malgré cette liberté, les acteurs juridiques ne font pas tout ce qui leur est possible de faire, mais s'orientent vers un nombre restreint de solutions. Si, potentiellement, l'éventail des solutions n'a pour limite que celle de l'imagination humaine, la plupart de celles retenues en droit positif se resserre dans un cadre limité et relativement cohérent"²⁷.

Un *contraint* giuridico è, secondo questa teoria, "une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère."²⁸

Sembra che la teoria proposta vuole spiegare perché, di fatto, i giudici si limitano a proferire certe decisioni e non altre. L'impresa che è necessario portare avanti è allora una che tenga conto dei fattori che limitano la decisione dei giudici. Ma questa pretesa descrittiva sembra abbandonata dalla teoria dei *contraintes* giuridici al affermare che: "parce que nous ne cherchons pas tant à expliquer des comportements singuliers que des types de comportements, à la manière des économistes lorsqu'ils raisonnent sur la formation des prix et qu'ils l'expliquent par la rencontre des vendeurs cherchant à

²⁷ Troper et al, 2005, p. 11.

²⁸ Troper et al, 2005, p. 12.



obtenir le prix le plus élevé et d'acheteurs qui recherchent le prix le plus bas. On sait bien pourtant que dans la réalité certains vendeurs et certains acheteurs se comportent autrement. [...] Pourtant, si l'on prétend expliquer la formation des prix, il faut faire abstraction de la psychologie individuelle de chacun des acteurs et raisonner sur un comportement supposé rationnel. Il suffit que l'explication soit plausible."²⁹

I difensori di questa teoria ritengono che è possibile non oltrepassare i limiti di un approccio puramente teorico e quindi non addentrarsi nella psicologia, grazie all'uso del metodo della "ricostruzione razionale". "Cette méthode utilise en particulier le modèle d'"*homo iuridicus*" -agent rationnel par postulat, qui sait tout (ou presque) concernant la situation dans laquelle il se trouve, qui est stratégiquement rationnel (au sens d'être intentionnellement efficace dans ses actions), etc."³⁰ Il modello di "*homo iuridicus*" prende spunto dal modello vicino di "*homo oeconomicus*" presente nell'economia. Per un modello di questo tipo è rilevante soltanto la situazione stessa e le possibilità d'agire che ne possiede l'agente. Ovviamente non è rilevante la psicologia concreta.

Il riferimento al modello economico di razionalità è suggestivo perché precisamente la critica che, in economia, gli istituzionalisti rivolsero contro questo modo di concepire l'attività economica è quello che, secondo White, accomunerebbe il pensiero economico e giuridico di inizio del secolo XX nella rivolta contro il formalismo. Nella prossima sezione mi riferirò all'analisi del formalismo in sede economica.

4. L'obbiezione istituzionalista al formalismo

La critica contro l'astrazione, intesa come quel procedimento intellettuale attraverso il quale il teorico "abstract one aspect of man's behavior and try to discover how he could behave if he has only one motive"³¹, è, secondo White, ciò che accomuna gli studiosi che facevano parte della rivolta contro il formalismo e che criticavano certe imprese scientifiche perché non erano sufficientemente empiriche. Tra gli studiosi menzionati da White si trova Thorstein Veblen. Veblen e John Roger Commons sono ritenuti gli esponenti

²⁹ Troper et al, 2005, p. 4.

³⁰ Troper et al, 2005, p. 27.

³¹ White, 1948, p. 26.

principali del movimento di pensiero nominato, in economia, istituzionalismo³².

L'istituzionalismo, che ha origine negli Stati Uniti tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, questiona le assunzioni centrali del pensiero economico dominante. Si ritiene che certi fattori accademici e socio-economici favorirono la comparsa di questo movimento. Da un verso si percepivano gli effetti della teoria evoluzionista di Darwin sul pensiero filosofico e cominciava a intravedersi il pragmatismo. Da un altro verso si avvertiva un cambiamento importante nell'assetto socio-economico degli Stati Uniti, dovuto allo sviluppo dell'attività industriale e l'incremento della popolazione urbana³³.

Non sono in grado di portare avanti una ricostruzione dei postulati teorici di questi autori e nemmeno del tipo di teoria economia da loro proposta. Proverò soltanto a ricostruire i tratti principali della loro critica all'economia neoclassica concentrandomi sulle raccomandazioni metodologiche³⁴.

L'istituzionalismo si contraddistingue dai suoi predecessori per l'attacco al metodo, da loro denominato, deduttivo, caratteristico dell'economia neoclassica. L'insufficienza e inadeguatezza di questo metodo è conseguenza della diversa concezione della natura umana e della realtà sociale che ne segue³⁵. Questi tre aspetti, cioè, l'attacco al metodo deduttivo, la concezione della natura umana e della realtà sociale sono tra i punti che accomunano il pensiero di Veblen e Commons.

³² Barrotta e Raffaelli aggiungono anche Wesley C. Mitchell, un tempo allievo di Veblen. Cfr. Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 179.

³³ "Commons and Veblen grew up in the midst of massive economic change thoroughly commercialized 'money and credit economy' and their early interests reflect this" [...] "Neither Veblen nor Commons relied heavily upon earlier traditions of economic thought, [...] both relied upon the new social science that was just emerging as they were attempting to understand the socioeconomic changes taking place in the world." (Mayhew, 1987, p. 973) Si mette anche di rilievo lo "stretto legame dell'istituzionalismo con il movimento filosofico del pragmatismo, altrettanto eminentemente americano." (Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 179)

³⁴ Benché non sia pacifico se gli istituzionalisti erano interessati sul metodo. Alcuni ritengono che "niente è più distanti dagli istituzionalisti, con la parziale eccezione di Veblen, dell'intento di aprire una battaglia sul metodo" (Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 183). La rilevanza dei postulati metodologici è invece segnalata da Tarello. Secondo questo autore i realisti americani hanno preso dal Veblen i suggerimenti metodologici, chi, contro l'economia classica, "opponeva la necessità di studiare i comportamenti economici come fatti storici piuttosto che di considerarli come esempi di leggi universali" (Tarello, 1961, p. 41)

³⁵ "L'istituzionalismo prende distanza dai fondamenti dell'economia neoclassica incentrata su due aspetti: un modello comportamentale ritenuto inadeguato e una mancata attenzione per il ruolo delle istituzioni nell'azione economica." (Raiteri, 2004, p. 214)



Il problema metodologico nelle scienze sociali è di lunga data e di indefinita durata. Già Mills aveva segnalato la restrizione metodologica delle scienze sociali affermando che il metodo sperimentale da cui si serve la fisica non è disponibile per le scienze sociali. La controversia si origina riguardo al sostituto, mentre che per Mill è il metodo deduttivo, per Veblen è il metodo storico-evoluzionista. Secondo Mill la “political economy is concerned with man solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging of the comparative efficacy of means for attaining that end. [...] It makes entire abstraction of every other human passion or motive”³⁶.

Il modello della decisione razionale si caratterizza per l'assunzione secondo la quale in ogni situazione, tra i corsi d'azione possibili, l'agente sceglie quello che soddisfa in modo migliore i suoi interessi. Il comportamento umano viene inevitabilmente concepito come un susseguirsi di scelte singolari.³⁷

Veblen sottolinea invece che, benché la concezione dell'uomo sottostante si tratti soltanto di un'assunzione, questo sia sufficiente per rendersi conto che niente di quanto venga dedotto sarà, per il mero fatto della deduzione, vero sulla società. Se le cose stano così allora la scienza non farà nessuna descrizione ma soltanto deduzioni. “This is the deductive method. [...] Features of the process that do not lend themselves to interpretation in the terms of the formula are abnormal cases and are due to disturbing causes. [...] The outcome of the method, at its best, is a body of logically consistent propositions concerning the normal relations of things -a system of economic taxonomy. At its worst, it is a body of maxims for the conduct of business and a polemical discussion of disputed points of policy.”³⁸

³⁶ Citato in White, 1948, p. 22.

³⁷ “La esencia del modelo económico de la elección racional reside manifestamente en la suposición de que en cualquier situación dada un actor elige entre los posibles cursos alternativos de acción aquel que espera sirva mejor a sus intereses, dadas sus preferencias y su percepción de las restricciones situacionales relevantes. Desde esta perspectiva parece ser natural interpretar el comportamiento humano como una secuencia continuada de elecciones singulares. Conceptualmente, cada acto particular es visto como un evento discreto cuya explicación es posible si puede probarse que es la elección maximizante del actor, dadas las restricciones relevantes con las que se enfrenta en la situación particular de elección” (Vanberg, 1998, p. 89)

³⁸ Veblen, 1898, p. 384. E aggiunge: “Logical congruity with the apprehended propensity is, in this view, adequate ground of procedure in building up a scheme of knowledge or of development. [...] It means a coincidence of facts with the deliverances of an enlightened and deliberate common sense.” (Veblen, 1898, p. 378) “In effect, this preconception imputes to thing a tendency to work out what the instructed common sense of the time accepts as the adequate or worthy end of human effort. It is a projection of the accepted ideal of conduct. This ideal of conduct is made to serve as a canon of truth.” (Veblen, 1898, p. 382) By using metaphors “the theorist is enabled serenely to enjoin himself from following out an

Anche dal punto di vista di Commons è necessaria una rottura con questo modo di concepire lo studio dell'economia. “[H]is view breaks with the idea of a pure science of economics” [...] “The traditional pure science of economics treats some variable as exogenous and some as endogenous, but parametric. Due to his uncompromising belief in evolutionism and multiple causation, however, commons proposes to treat virtually all factors influencing exchange as endogenous independent variables. Accordingly, he seeks to correlate psychology, sociology, ethics, politics, law, and economics.”³⁹

Di quanto detto si può desumere che Veblen e Commons condividono la critica formalista in quanto denunciano il modo in cui la teoria economica sembra allontanarsi dalla realtà. Ma l'accusa di formalismo, come ho tentato di ricostruirla, non offre ancora ragioni per rifiutare l'associazione proposta in modo formalista. A questo scopo è necessario aggiungere un argomento che spieghi perché l'associazione proposta è sbagliata. L'argomento potrebbe consistere sia in sottolineare il fatto che l'associazione proposta è falsa o, inoltre, il fatto che esiste un'associazione tra proprietà diverse⁴⁰, sia in questionare la legittimità dell'astrazione dimostrando che la proprietà isolata non è indipendente da altre proprietà.

Nel caso dell'istituzionalismo questo compito lo svolgono le concezioni della natura umana e della realtà sociale, entrambi conseguenza dell'accostarsi alle tendenze dello storicismo e l'organicismo culturale.

Nel disegno di una concezione della natura umana i teorici istituzionalisti poggiarono su ricerche psicologiche a loro contemporanei⁴¹; criticando l'edonismo⁴² e sottolineando “l'aspetto

elusive train of causal sequence. [...] without descending to a consideration of the living items concerned, except for convenient corroboration of his normalized scheme of symptoms.” (Veblen, 1898, p. 382)

³⁹ Gonce, 1971, p. 87-88.

⁴⁰ Così si può capire, con riguardo al formalismo con scopo valutativo, il modo in cui Larenz ricostruisce il punto di vista della giurisprudenza degli interessi. Larenz afferma che Hack concepisce la scienza del diritto come un'attività pratica il che vorrebbe dire che la sua critica al formalismo è una critica normativista. Normativista nel senso che riterrebbe che per decidere meglio i giudici dovrebbero tenere conto anche degli interessi reali, che hanno provocato la legge o che si riconoscono nella decisione del caso concreto. Cfr. Larenz, 1966, p. 68-69.

⁴¹ “Nella sua concezione della natura umana Veblen si ispira alla psicologia di William James e di William McDougall ricavandone una teoria degli istinti la cui molteplicità rende possibile la formazione di codici di comportamento diversificati, in opposizione al razionalismo meccanicistico e calcolatore dell'*economic man*” (Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 185)

⁴² “It assumed that each judgment could be based upon the real facts of the situation and could be made in detachment. It failed to note that my life and yours is a



costruttivo e dinamico dell'individuo che opera nel contesto sociale.”⁴³

Veblen distingueva chiaramente due tipi di teoria economica, quella pre-darwiniana e non evoluzionista e quella post-darwiniana ed evoluzionista. Il post-darwinismo⁴⁴ sottolinea l'importanza della dotazione biologica della razza umana e i fattori non-razionale nella spiegazione del comportamento sociale⁴⁵. Veblen si oppose così all'assunzione psicologica secondo cui gli uomini sono governati da un unico motivo, quello della persecuzione della ricchezza⁴⁶.

Anche Commons era preoccupato per segnalare e usare questa nuova concezione della natura umana. “Instead of a passive 'globule of desire' following the parallelogram of physical forces which bear down upon him, as Veblen would say, it substitutes an active person associated with others and participating in and controlled by the practices common to all”⁴⁷.

Un punto di vista di questo genere sulla natura umana modifica anche il modo in cui si pensa la realtà sociale. Veblen “saw history, in effect, as a Manichean struggle between two fundamental human traits [...] that he termed predation and workmanship.”⁴⁸ Questo carattere conflittuale della realtà sociale viene anche sottolineato da

continuous thing, and that what I do today constrains my acts tomorrow. It overlooked the part that instinct and impulse play in impelling one along the path of his economic activity. And, most important of all, it neglected the influence exercised over conduct by the scheme of institutions under which one lives and must seek his good.” (Hamilton, 1919, p. 317)

⁴³ Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 184.

⁴⁴ “What Veblen did that has been of such enormous importance in the development of institutionalism theory was to take the notion of social Darwinism -of social evolution- and turn it into an unteleological, non-ethnocentric process of social change.” (Mayhew, 1987, p. 976)

⁴⁵ “The later psychology, re-enforced by modern anthropological research, gives a different conception of human nature. According to this conception, it is the characteristic of man to do something, not simply to suffer pleasures and pains through the impact of suitable forces. [...]but rather a coherent structure of propensities and habits which seeks realization and expression in an unfolding activity.” (Veblen, 1898, p. 390)

⁴⁶ “The reason for the Austrian failure seems to lie in a faulty conception of human nature, -faulty for the present purpose, however adequate it may be for other. [...] the human material with which the inquiry is concerned is conceived in hedonistic terms; that is to say, in terms of a passive and substantially inert and immutably given human nature.” [...] “a lighting calculator of pleasures and pain, who oscillates like a homogeneous globule of desire of happiness under the impulse of stimuli that shift him about the area, but leave him intact.” (Veblen, 1898, p. 389)

⁴⁷ Commons, 1924-1925, p. 376. Commons “accounts for evolution in terms of free human volition, or *artificial* rather than *natural* selection [...] He begins with man and seeks to replace what he calls a static, individualistic psychology with an evolutionary, social psychology.” (Gonce, 1971, p. 83)

⁴⁸ Edgell and Townshed, 1993, p. 729.

Commons, chi “assumes that material scarcity exists. This, and his conception of man, leads him to reject the doctrine of natural harmony of interests and makes conflict one of his cardinal tenets.”⁴⁹

Una teoria che concepisca l'economia come vincolata a un'idea di abbondanza (come produttrice di ricchezza, valori d'uso e felicità) non è capace, secondo Commons, di cogliere l'elemento conflittuale dell'economia né la dimensione di potere insita nei rapporti di proprietà⁵⁰. Questo carattere conflittuale dei rapporti tra i membri della società può cogliersi più facilmente, secondo Commons, facendo attenzione al lavoro dei giudici:

“Economists [...] have based the whole of their economic theory on the selfishness of the individual regardless of the interests of others. [...] But the courts, being directly in contact with the practices of business and compelled to decide disputes arising out of those practices, have built up both a method of approach and a joint concept of the individual and society which completely transcend this dualism and give us a starting point that is both individual and social.” [...] “The court always begins with two conflicting persons, instead of one selfish person, and with the common practices of two opposing classes of persons instead of a mass of disconnected individuals, as the economists had done in imitation of Jeremy Bentham.”⁵¹

Una volta avvertita la centralità del conflitto di interessi nelle decisioni giudiziarie, si avverte anche la rilevanza delle organizzazioni sociali e le loro regole di funzionamento non solo nel risolvere le controversie, ma anche “nel consentire e potenziare l'azione individuale.”⁵²

Queste regole di funzionamento che in un senso basilico non sono altro che, in parole di Veblen “le abitudini mentali sotto la guida delle quali gli uomini vivono”⁵³ condizionano l'agire individuale e comprendono, in senso ampio, tanto elementi inconsci -le tradizioni e i costumi- come gli elementi consciamente introdotti quanto leggi e regole codificate⁵⁴.

⁴⁹ Gonce, 1971, p. 84.

⁵⁰ Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 196.

⁵¹ Commons, 1924-1925, p. 374. “Following Oliver Wendell Holmes, he states that its meaning is purely positive, that it is 'the probability that officials will act in a certain way respecting the claims that citizens make against one another.' The function of positive law is not to force into reality any natural laws or eternal verities; Commons and Holmes agree there are none. It is simply to progressively resolve continually evolving conflicts of interests.” (Gonce, 1971, p. 86)

⁵² Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 191.

⁵³ Veblen citato da Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 187.

⁵⁴ Barrotta e Raffaelli, 1998, p. 203.



Le istituzioni permettono di risolvere conflitti giacché producono certe regolarità di comportamento, ma anche danno contenuto all'agire individuale attraverso l'agire collettivo. Le istituzioni vengono definite da Commons come l'azione collettiva in controllo dell'azione individuale⁵⁵. Per controllo si intende non solo la limitazione ma anche la liberazione e l'espansione dell'azione individuale, il che vuol dire che l'azione collettiva conferisce anche contenuto all'azione individuale⁵⁶. In questo senso “social phenomena are largely the outcome of deliberate collective action, not self-interest; of artificial, not natural selection; of evolving human conventions, not nature.”⁵⁷

Si trovano così nell'istituzionalismo almeno due tipi di critiche al formalismo economico. Da un verso mette in discussione, basandosi in ricerche psicologiche, l'assunzione di razionalità e auto interesse, il che vuol dire che questiona proprio che la proprietà astratta faccia parte del fenomeno. Da un altro verso, nell'insistere nella rilevanza delle istituzioni, cioè nell'insieme di regole che, oltre ai suoi desideri e credenze, guidano l'agire degli individui questiona anche che sia possibile astrarre o separare la decisione individuale da quest'altro insieme di proprietà.

5. Conclusioni

In questo lavoro ho proposto una interpretazione della critica di formalismo in ambito giuridico ed economico. Questa presentazione mi ha permesso di rivelare come certi meccanismi argomentativi utilizzati da due proposte teoriche diverse s'assomigliano al formalismo. Formalismo inteso qui nel senso più ristretto di astrazionismo con pretese descrittive. Nel caso di Shapiro perché concentrandosi in una proprietà della pratica giuridica, tale come l'uso di un linguaggio normativo, ne conclude che i giudici assumono un determinato atteggiamento con riguardo al loro proprio comportamento. Ma questa conclusione viene ottenuta su basi concettuali, senza portare avanti una ricerca empirica sul fatto che i giudici abbiano o meno l'atteggiamento in questione. Nel caso della *théorie des contraintes juridiques* perché concentrandosi nel fatto che i giudici finalmente non decidono in assoluta libertà, ne concludono che ci sono altri fatti *giuridici* che limitano la decisione giudiziaria. Ma, di nuovo, questa conclusione si ottiene attraverso l'uso di un modello

⁵⁵ “We may define an institution as Collective Action in Control of Individual Action” (Commons, 1934, p. 60-70)

⁵⁶ Gonce, 1971, p. 85.

⁵⁷ Gonce, 1971, p. 81.

di razionalità *giuridica*, che ovviamente non coincide necessariamente con la realtà, e questa coincidenza non viene verificata. Mi sembra che fin qui l'interpretazione proposta serve per avvertire certi meccanismi argomentativi. Nel percorrere brevemente e di maniera incompleta certe tesi dell'istituzionalismo economico mi è sembrato trovare non solo una versione della critica al formalismo, ma anche due tipi di obiezioni sostanziali a questo modo di procedere in teoria del diritto. Da un verso si mette in discussione l'assunzione di razionalità nell'attività dei giudici. Da un altro verso si propone un modo di interpretare l'agire umano che nega la possibilità di isolare, sia la normatività sia la giuridicità, dagli altri determinanti dell'azione umana.

6. Bibliografia

Barrotta, P. e Raffaelli, T., *Epistemologia ed economia*, UTET, Torino, 1998.

Berkeley, *A Treatise Concerning the Principles of Human Knowledge*, Dancy, J. (ed.), Oxford University Press, Oxford-New York, (ed.)1998.

Bobbio, N., "Formalismo giuridico", in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1972.

Commons, J. R., "Institutional Economics", *The American Economic Review*, Vol. 21, N° 4, 1931, pp. 648-657.

Commons, J. R., "Law and Economics", *Yale Law Journal*, N° 34, 1924-1925, pp. 371-382.

Commons, J. R., *Institutional Economics*, Macmillan, New York, 1934.

Edgell, S. and Townshend, J., "Marx and Veblen on Human Nature, History, and Capitalism: Vive la Différence!", *Journal of Economic Issues*, Vol. XXVII, N° 3, 1993, p. 721-739.

Gonce, R. A., "John R. Commons's Legal Economic Theory", *Journal of Economic Issues*, 1971, pp. 80-95.

Hamilton, W. H., "The Institutional Approach to Economic theory", *The American Economic Review*, Vol. 9, N° 1, 1919, p. 309-318.

Hart, H., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1994.

Kelsen, H., "Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto", in *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.



Larenz, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966.

Mayhew, A., "The Beginnings of Institutionalism", *Journal of Economic Issues*, Vol. XXI, N° 3, 1987, p. 971-998.

Raiteri, M., *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, Milano, 2004.

Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", *Fordham L. Rev.*, 75, N° 3, 2006, pp. 1157-70.

Tarello, G., "Formalismo giuridico", in *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.

Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1961.

Troper, M., Champeil-Desplats, V., e Grzegorzcyk, C. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005.

Vanberg, V., *Racionalidad y reglas*, Gedisa, Barcelona, 1999.

Veblen, T., "Why is Economics not an Evolutionary Science?", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 12, N° 4, 1898, pp. 373-397.

White, M., *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Viking, New York, 1949.