



QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO  
INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

*Nuova serie*

Università degli Studi di Padova

PAOLO COSTA

TEORIA DELL'ISTITUTO GIURIDICO  
E METODO  
DEL DIRITTO COSTITUZIONALE



G. Giappichelli Editore

## INTRODUZIONE

L'istituto giuridico è uno di quei concetti di cui può dirsi, ricalcando un celebre *topos* filosofico, essere noti ai giuristi fintanto che non si domandi loro di definirlo. E in effetti, difficilmente saprebbero formularne la nozione con un rigore degno della tradizione scientifica a cui appartengono.

Questo è ancor più vero per quei settori della scienza giuridica in cui la figura dell'istituto non è quasi stata oggetto di riflessione esplicita. Tra questi va senz'altro annoverato il settore del diritto costituzionale. Dell'istituto giuridico si sono occupati principalmente romanisti, privatisti, storici del diritto e filosofi del diritto.

Invero in ambito costituzionalistico non mancano studi di indiscusso valore sulla sistematica e sulla dogmatica<sup>1</sup>. Ma la figura dell'istituto giuridico rimane in larga misura sullo sfondo e quasi indistinta rispetto alla più ampia riflessione sul sistema.

Si tratta di una circostanza abbastanza curiosa. Una scienza che ha fatto della sistematicità uno dei suoi tratti fondativi<sup>2</sup> (ancorché, ad oggi, sia un tratto sempre meno esclusivo<sup>3</sup>) sembra aver smarrito consapevolezza intorno all'elemento di base del sistema stesso.

Questo dato appare difficilmente controvertibile. Sembrano invece tutte da approfondire le sue ragioni e le sue eventuali ricadute.

Il problema non è solo teorico; né si tratta di rievocare questioni metodologiche dal sapore antico. Si tratta piuttosto di tentare di comprendere la condizione scientifica di una disciplina quale il diritto costituzionale in un momento in cui, ancora una volta, la marea sembra mutare.

---

<sup>1</sup> Fondamentali i contributi, anche costituzionalistici, raccolti in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI (a cura di), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino 2003.

<sup>2</sup> È d'obbligo il rinvio a P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, Milano 1984 (sulla figura dell'istituto giuridico e il suo rapporto con la sistematica, cfr. in particolare vol. I, p. 261 e ss.).

<sup>3</sup> Sul dibattito intorno alla sistematicità del diritto costituzionale, si rinvia ad A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, Testo rielaborato della relazione tenuta al Convegno organizzato da S.I.S.Di.C. dal titolo "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale", Capri 19 marzo 2006, pubblicato in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2007.

Il diritto costituzionale è, per l'essenza stessa del suo oggetto, un diritto intrinsecamente politico<sup>4</sup>. Insiste sui massimi rapporti politici (tra poteri pubblici e tra poteri pubblici e cittadini) di un ordinamento; ciò gli conferisce un'insopprimibile precarietà<sup>5</sup>, che ha fatto talvolta dubitare che si dessero le condizioni storiche per una sua comprensione scientifica<sup>6</sup>.

Il tasso di politicità della disciplina è dunque fisiologicamente elevato. Si consideri solo che nella letteratura anglosassone si discute ormai da tempo di *political constitutionalism* e *legal constitutionalism*, e delle conseguenti implicazioni in punto di *judicial review*<sup>7</sup>.

Tale politicità non si esaurisce nella sola dimensione potestativa. Gli sviluppi del sistema costituzionale sono senz'altro condizionati da quelli del sistema politico; ma sono altresì condizionati – ora più organicamente ora più molecolarmente – da rapporti sociali non immediatamente conformati dal potere politico. Certo, si potrebbe discutere di quanto anche i rapporti sociali siano catturati da un potere politico che, a dispetto di un'ufficiale retorica libertaria, si fa sempre più sottile e pervasivo nelle sue tecniche di costruzione e decostruzione occasionale dell'opinione pubblica e infine del consenso. Quale che sia la loro origine, spontanea o indotta, dal punto di vista giuridico si deve nondimeno registrare come i rapporti sociali esercitino una pressione che, quasi *omisso medio*, trova crescente accoglimento da parte della giurisprudenza, anche costituzionale<sup>8</sup>.

Due sviluppi recenti sembrano esserne conferma.

Il primo è il consolidamento, diventato ormai condizione di ammissibilità del giudizio in via d'eccezione, della cosiddetta interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*<sup>9</sup>. È di palmare evidenza come una simile prassi interpretativa possa favorire, e di fatto favorisca, l'attuazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune, con rifluenze anche sul principio di certezza del diritto<sup>10</sup>. In

---

<sup>4</sup> Come ben evidenzia G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

<sup>5</sup> Che emerge con nitore dalle riflessioni di A. SCALONE, *L'ordine precario*, Monza 2011.

<sup>6</sup> C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, tr. it. Milano 1971, p. 15.

<sup>7</sup> Per una panoramica sul relativo dibattito, può consultarsi P. CRAIG, *Political constitutionalism and the judicial role. A response*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 9/2011.

<sup>8</sup> Sui complessi processi giusgenerativi, che coinvolgono sia il legislatore sia il giudice, e l'effettività della costituzione, R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, relazione al XXIX Convegno AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014, in *Annuario 2014. Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Napoli 2015.

<sup>9</sup> A partire almeno dalla sentenza n. 356/1996.

<sup>10</sup> Emblematica Cass., Sez. Un., n. 3813 del 16 febbraio 2011, in materia di beni demaniali, in cui si afferma che la disciplina codicistica dei beni pubblici non è più «soddisfacente» e che deve essere rimodulata alla luce delle diretta applicabilità di disposizioni costituzionali «Oggi però», vi si legge, «non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali,

questo caso, il *medium* omesso è duplice: è omessa l'*interpositio legislatoris*; è omesso l'intervento del giudice costituzionale. Tutto questo ha significato l'assegnazione al giudice comune del compito di farsi interprete diretto di principi e talora – e questo, come si vedrà, è un fattore di ulteriore complicazione – di valori costituzionali; è divenuto così organo giuridicizzante di un poco ostensibile *sentire* sociale, nel quale (come da ermeneutica ormai consolidata) i valori troverebbe la propria incarnazione storica<sup>11</sup>.

Il secondo sviluppo sono le recentissime modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Per il loro tramite, la Corte, secondo il suo stesso comunicato, intende "aprirsi alla società civile" istituzionalizzando la figura del cosiddetto *amicus curiae*. «Anche la società civile», si legge nel comunicato, «d'ora in poi, potrà far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla Corte costituzionale»<sup>12</sup>. Innanzi ad una simile novità, torna forse attuale la suggestione schmittiana dell'«aristocrazia della toga»<sup>13</sup>; ma si tratta, appunto, solo di una suggestione. È invece qualcosa in più di una suggestione il profilarsi di una sorta di stanza di compensazione degli interessi e dei valori sociali; con tutto ciò che una simile evoluzione dell'autocom-

---

all'esame della sola normativa codicistica del '42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo. Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo a, quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

<sup>11</sup> «In questo senso si può dire, senza cadere nel relativismo e nel soggettivismo dei valori, che la consapevolezza assiologica è condizionata dal divenire della storia e dello spirito umano: è una conoscenza prospettica che mai riesce a cogliere interamente il suo oggetto e può variare secondo il mutare delle condizioni individuali e collettive che determinano il punto di vista da cui si pone. Altro è attribuire alla storia una portata ontologica in ordine ai valori, un significato costitutivo di essi, e altro conoscere la storicità come modo di essere della conoscenza dei valori, intesa come "condizione positiva della verità, la storicità cessa di evocare lo spettro del relativismo storico"», così L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI (a cura di), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, cit., p. 149.

<sup>12</sup> Comunicato dell'11 gennaio 2020.

<sup>13</sup> «Nessuna forma di giurisdizione potrebbe ingannare sul fatto che con una simile corte costituzionale o statale si tratti di un'istanza altamente politica con funzioni di legislazione costituzionale. Dal punto di vista democratico sarebbe assai difficile trasferire queste funzioni ad una aristocrazia della toga» (C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, ed. it. Milano 1981, pp. 235, 236).

preensione dell'organo lascia intendere circa le finalità e il metodo del diritto costituzionale.

È facile collocare questi e altri sviluppi nella ormai risalente linea di allontanamento della giurisprudenza costituzionale dalla dogmatica giuridica in direzione di una giurisprudenza per interessi e per valori. Appare difficilmente proponibile, oggi, la nitida distinzione tra «fine politico», «complesso dogmatico» e «sistema costituzionale» formulata quasi un secolo fa da Emilio Crosa<sup>14</sup>.

Tutto questo rende ancora più sorprendente la mancanza di una riflessione attuale sull'istituto giuridico. Come si tenterà di mostrare nelle pagine che seguono, visto nella sua genesi scientifica l'istituto costituisce esattamente il punto di equilibrio tra il lato formale e il lato sociale del diritto. Il suo oblio potrebbe pregiudicare questo equilibrio<sup>15</sup> e dunque quell'interazione continua tra le parole e la realtà del diritto che è imprescindibile per allontanare la «tentazione di obliare la realtà per costruirsi un irreale (magari comodo per certe operazioni di potere o, comunque, di mistificazione) universo giuridico nel quale vagano come ombre le astrazioni dedotte dalle parole della legge»<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>E. CROSA, *Il fattore politico e le Costituzioni*, in *Studi Ranalletti*, vol. I, Padova 1931, pp. 152-154.

<sup>15</sup>Un equilibrio o, se si vuole, un'«ambivalenza» riscoperta di recente da una profonda riflessione filosofica politica, che ha colto tutta l'attualità del «contrappunto di statica e dinamica» proprio del diritto, nel momento in cui «l'epoca della statualità sta ormai volgendo alla fine» (S. CHIGNOLA, *Diritto vivente*, Macerata 2020, p. 12).

<sup>16</sup>U. VINCENTI, *Linguaggio normativo*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VII, 2014, p. 684.

## CAPITOLO PRIMO

# L'ISTITUTO E L'ISTITUZIONE

SOMMARIO: 1. L'istituto e il sistema. – 2. L'istituto e l'istituzione. – 3. L'intuizione dell'istituto. – 4. Dalla Scuola storica alla *Begriffsjurisprudenz*. L'affievolimento del lato sociale dell'istituto giuridico. – 5. La reazione della *Interessenjurisprudenz*. Oltre il sistema. – 6. L'eclissi dell'istituto giuridico.

### 1. *L'istituto e il sistema*

Nella scienza giuridica contemporanea manca una riflessione espressa ed ampia sulla figura dell'istituto giuridico.

Si tratta tuttavia di una lacuna che appare in una certa misura fisiologica. Qualcosa manca, ma qualcosa di cui in fondo non si avverte la mancanza. La lacuna sembra in effetti scaturire dalla natura stessa dell'istituto giuridico, che lo pone ai confini epistemologici dell'attuale scienza giuridica. Non si tratta di una lacuna da colmare, ma piuttosto da osservare, per tentare di coglierne genesi e precipitati attuali.

La parabola scientifica dell'istituto giuridico si colloca nel dibattito metodologico tedesco della Germania del XIX secolo.

Com'è noto, la riflessione originaria e scientificamente istituyente è quella di Friedrich Carl von Savigny.

Gli studiosi più attenti hanno colto la funzione fondamentale della dottrina dell'istituto giuridico nella logica del *System*. L'istituto giuridico è l'elemento fondante del sistema; ne è in un certo senso l'elemento di base, l'elemento concettuale semplicissimo da cui si dipana la costruzione teorica<sup>1</sup>.

In termini formali e un po' schematici, il sistema di Savigny consiste in una costruzione articolata in tre gradi: il rapporto giuridico, l'istituto giuridico, il sistema giuridico stesso<sup>2</sup>. Tali gradi non vanno intesi in senso gerarchico né nor-

---

<sup>1</sup> W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, tr. it. Milano 1974, p. 48 e ss.

<sup>2</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino 1840, vol. I, libro I, cap. II, § IV, V.

mativo. Il sistema ha natura scientifica e cognitiva, non immediatamente pratica e prescrittiva. La differenza tra gradi non va intesa neppure in senso qualitativo. La logica che unisce la situazione soggettiva di una singola parte di un singolo rapporto giuridico al relativo istituto non è differente da quella che unisce tra loro tutti i singoli istituti giuridici nel complesso del sistema stesso<sup>3</sup>. Detto altrimenti, il lato scientifico della giurisprudenza è costituito da concetti ordinatori e non da concetti normativi (ammesso che il secondo sintagma non esprima un ossimoro epistemico)<sup>4</sup>.

La centralità della dottrina dell'istituto giuridico discende dalla natura non solo formale di quest'ultimo.

Il pensiero savignyano è contrassegnato da un'insopprimibile socialità<sup>5</sup>. Notoriamente, Savigny ricerca il lato sostanziale del sistema nella dimensione storica. L'idea di *Volksgeist* è forse meno centrale di quanto sia comunemente considerata ed è stata fatta oggetto di eccessive generalizzazioni (in particolare ad opera della successiva dottrina dello Stato<sup>6</sup>). La sua genericità si è levata come una nebbia sulle premesse sostanziali del *System*. Il senso profondo del sistema deve invece essere ricercato anzitutto nella concretezza della condizione giuridica e politica del suo tempo.

La Germania dell'inizio del XIX secolo esprime forse un'unità sostanziale sul piano dell'identità storica, in particolare nella comunanza della lingua che ne definisce altresì i confini geografici<sup>7</sup>. Manca invece quasi del tutto di unità formale (se si fa eccezione per la Confederazione germanica del 1815). Il suo territorio è frammentato in un arcipelago di unità politiche, a cui corrisponde un esasperato

---

<sup>3</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 59 e ss.

<sup>4</sup> L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI (a cura di), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, cit., p. 92.

<sup>5</sup> Che tuttavia non è valsa a risparmiargli critiche di «criptogiusnaturalismo», da un lato, e di malinteso positivismo, dall'altro: cfr. sul punto L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 115 e ss. In realtà, lo storicismo di Savigny esclude in principio sia l'astrattezza delle costruzioni giusnaturalistiche (osserva F. GENY: «le triomphe de la conception historique du droit positif a été considéré, par la science juridique allemande, comme une défaite absolue de la théorie du droit naturel», *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Parigi 1919, tomo II, p. 95) sia, come si chiarirà meglio oltre, un acritico e tautologico positivismo (per Savigny la qualità del diritto positivo è semplicemente quella di essere un diritto non arbitrario bensì preconstituito e realmente esistente rispetto alla molteplicità dei singoli rapporti giuridici che è destinato a regolare: cfr. *System des heutigen römischen Rechts*, cit., vol. I, libro I, cap. 2, § 7).

<sup>6</sup> Cfr. E. KAUFMANN, *Sul concetto di organismo nella dottrina dello Stato del secolo XIX*, tr. it. Seiregno 2009, *passim*.

<sup>7</sup> Basti qui rammentare l'opera di J. GRIMM, *Deutsche Rechts Altherthümer*, Gottinga 1828. Sul rapporto tra Savigny e i fratelli Grimm, con riguardo particolare alla questione dell'unità tedesca e del suo diritto, M.C. FOI, *La questione tedesca nel primo Ottocento: un paradigma giusletterario*, in ID. (a cura di), *Diritto e letterature a confronto. Paradigmi, processi, transizioni*, Trieste 2016.

particolarismo giuridico fondato su una pluralità di *iura propria* e di legislazioni di matrice germanica radicate in una struttura sociale almeno in parte ancora premoderna (di cui sono testimonianza gli *Spiegel*). In mancanza di un livello propriamente federale, l'unità dell'ordinamento giuridico è garantita da quello sviluppo del diritto romano rappresentato dallo *ius commune*. Il ricorso a quest'ultimo, quantomeno nella forma di un diritto sussidiario, non è arbitrario né esprime una soggettiva preferenza scientifica o culturale, come il dibattito tra germanisti e romanisti sorto in senso alla Scuola storica potrebbe lasciare imprecisamente intendere. Lo *ius commune* di origine romanistica è il frutto ultimo della *Rezeption*, avvenuta bensì grazie alla giurisprudenza dei dotti, ma registrabile formalmente (ancorché indirettamente) già nel XVI secolo con l'istituzione del *Reichskammergericht*. Ne consegue che lo *ius commune* rappresenta *quodammodo* il diritto positivo della Germania prebismarkiana e non ancora arresasi all'epoca della codificazione.

In questo contesto, Savigny si trova ad ingaggiare una battaglia per l'unità del diritto tedesco che ha in Anton Thibaut e nella codificazione avversari quanto ai mezzi ma non quanto ai fini<sup>8</sup>. La ricerca dell'unità muove da quanto vi è di effettivo in quell'ordinamento concreto. L'unità dell'ordinamento quale fine, dunque; la storia quale mezzo per la sua unità sociale; i concetti del diritto romano quale mezzo per la sua unità formale.

Qui risiede l'intima socialità della Scuola storica.

Ne è primaria espressione il suo metodo, che si articola in una duplice dimensione, diacronica e sincronica. La dimensione diacronica è quella storica. Essa consiste in una tradizione giuridica che riposa sulla coscienza collettiva del popolo (il *Volksgeist*). Da tale coscienza, per via di astrazione la giurisprudenza deve far affiorare al livello della consapevolezza scientifica i concetti giuridici destinati a comporre sincronicamente il sistema<sup>9</sup>.

Le due dimensioni sono distinte ma si ricompongono nell'immagine unitaria dell'organismo. Il popolo è un organismo vivente nella storia, un tutto etico-spirituale. Non patisce soluzioni di continuità, ma piuttosto «sviluppi organici» che nella diacronia non ne alterano l'identità. Non diversamente accade per il sistema. L'intima correlazione logico-concettuale tra rapporti, istituti e sistema stesso compone un tutto organico che come tale conosce sviluppi organici: impliciti negli sviluppi precedenti e in continuità con questi; e già premessa di sviluppi successivi<sup>10</sup>.

La dottrina della Scuola storica nasce dunque condizionata *ab origine* dall'intento di tenere insieme il lato sociale e il lato formale della conoscenza giuridica.

---

<sup>8</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 25.

<sup>9</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 17, 18.

<sup>10</sup> È ciò che può essere definito «dogmatica organicistica» (W. WILHELM, *op. cit.*, p. 66).

In questo senso, essa è ancora e anzitutto, prima che dogmatica astratta, scienza di un ordinamento giuridico concreto<sup>11</sup>.

Questo spiega bene la centralità che essa assegna all'istituto giuridico. L'unità in concreto di un ordinamento, e in particolare di quello specifico ordinamento, non poteva essere ricercata nel romantico e troppo vago *Volksgeist*; era necessario ricercarla nella sua concretezza interna. Non è fortuito – detto per inciso – che Savigny sostenga la necessaria unità tra giurisprudenza scientifica e giurisprudenza pratica<sup>12</sup>.

Calandosi all'interno del sistema, in effetti, è facile constatare come non tutti e tre i suoi elementi si prestino ugualmente a coniugare concretezza storico-sociale e concettualità scientifica.

Le relazioni intra-sistemiche si distinguono tra loro per grado e non per natura<sup>13</sup>, dacché il relazionarsi tra elementi del sistema diviene, all'interno del sistema stesso e in virtù della natura formale di questo, un'operazione essenzialmente logico-concettuale e logico-deduttiva.

Ma se medesima è la natura delle relazioni intra-sistemiche, non altrettanto vale per i singoli elementi costitutivi del sistema. Nello iato tra socialità e dogmatica, le singole classi di elementi si caratterizzano, in grado diverso, ora per maggior prossimità alla socialità ora per maggior prossimità alla dogmatica.

Il rapporto giuridico appare decisamente sbilanciato sul lato sociale. Il rapporto concreto e la sua qualificazione giuridica sembrano distinguersi appena, tanto che Savigny avverte l'esigenza di precisarne la non coincidenza (che sarebbe una «*Verwirrung der Begriffe*»<sup>14</sup>). Le vicende genetiche, modificative ed estintive del rapporto giuridico sono gravate dal peso decisivo della fatticità. Il tempo breve del singolo rapporto giuridico lo sottrae alla fatica dogmatica. Esso nasce, si modifica e si estingue nella dimensione sociale ed è il pensiero dogmatico a doverlo afferrare e qualificare.

All'estremo opposto sta il sistema. È il prodotto per eccellenza del pensiero dogmatizzante e la sua unità e intima coerenza è fatta di concetti (scomposti, ricomposti e combinati) dominati dalla logica astratta. Le vicende concrete hanno poca o nessuna presa diretta su di esso. Alla sua altezza, è sempre sistema esterno (ossia «convenzionale sequenza di rappresentazione degli oggetti di una scienza»<sup>15</sup>), e i

---

<sup>11</sup> Il suo carattere di universale concreto è colto bene da G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova 1964, pp. 41-45.

<sup>12</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 11.

<sup>13</sup> *Ibidem*, vol. I, libro I, cap. 2, § 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>15</sup> Un questo senso F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI (a cura di), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, cit., p. 4, riprendendo la definizione di Franz Wieaker.

tempi del suo mutamento coincidono con i tempi epocali del mutamento dei paradigmi scientifici<sup>16</sup>.

Nel mezzo si ritrova l'istituto giuridico. È l'elemento del sistema che più di ogni altro coniuga il concetto e il suo contenuto empirico (che è nondimeno un contenuto intrinsecamente giuridico, e non, come vorrà ad esempio Laband, un mero «sostrato», alcunché che sta al di sotto di ciò che si considera come giuridico ma senza essere giuridico a sua volta<sup>17</sup>); e non li coniuga logicamente, bensì – e questo è il punto fondamentale – *realmente*.

L'istituto giuridico sembra essere il solo elemento del sistema propriamente ordinatore, ossia in grado di cogliere un'intrinseca razionalità giuridica senza confondersi con la fatticità dei rapporti concreti, da un lato, e senza alienarsi nel «cielo dei concetti giuridici», dall'altro. L'istituto giuridico ordina sussumendo sotto di sé («dominando», direbbe Savigny) «als seinem Typus» le disparate massime e regole applicabili ai rapporti concreti<sup>18</sup>. Con un doppio movimento, ascendente e discendente, imprime a questi ultimi la qualificazione giuridica e consente l'individuazione delle massime e delle regole applicabili. Dall'empiria del rapporto concreto si sale fino al concetto per poi ridiscendere al rapporto, qualificandolo: è questa la dialettica interna dell'istituto (che in seguito diverrà impropriamente nota come «Inversionsmethode»<sup>19</sup>). Diversamente da quanto accade per il sistema nel suo complesso, l'osmosi dell'istituto giuridico con il rapporto concreto è continua: attraverso l'istituto giuridico, i rapporti concreti sono «ordinati», divengono ordinamento concreto: «il metodo giuridico», osserva Wilhelm, «richiedeva sì, in principio, una sussunzione, ma non una sussunzione logica»<sup>20</sup>.

Emerge qui, chiara, un'eccedenza rispetto al puro sistema concettuale. L'ordinamento giuridico è *ordo* sociale; il sistema giuridico è ordine scientifico-concettuale.

In ciò, a ben vedere, vi è forse una dualità; non vi è però alcun dualismo essenziale e necessario. È una questione di diverse «velocità». L'ordinamento giuridico vive nel tempo dei rapporti sociali, del loro consolidarsi, del loro tipizzarsi; il sistema vive invece nel tempo dei paradigmi scientifici. I rispettivi mutamenti possono dunque conoscere tempi diversi; ma medesimo è l'oggetto su cui insistono. Proprio la ricerca dell'unità tra ordinamento concreto e sistema scientifico è

---

<sup>16</sup> Circa la distinzione tra «sistema interno» e «sistema esterno», M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Milano 2002, vol. I, p. 42.

<sup>17</sup> A. SANDRI, *Genesi e sovranità. Le teorie dello Stato federale nell'epoca bismarkiana*, Napoli 2010, p. 63.

<sup>18</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 10, 11.

<sup>19</sup> La definizione critica è attribuita a Philipp Heck (cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano 2008, p. 222).

<sup>20</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 69.

stata la grande fatica di Savigny e della Scuola storica. Per la sua natura, l'istituto giuridico non poteva non essere la chiave del sistema, quella che maggiormente coniugava unità concreta dell'ordinamento e unità scientifica del sistema. Respingendo alcune critiche formulate da Walter Wilhelm alla dottrina savignyana dell'istituto giuridico, considerata imprecisa e indefinita, Maurizio Fioravanti ha rilevato come l'istituto giuridico in realtà sia in Savigny «strutturalmente ambiguo, proprio in virtù del posto che occupa e della funzione che svolge nell'intero sistema giuridico»<sup>21</sup>.

L'istituto si caratterizza per una costante eccedenza, sia rispetto al rapporto giuridico sia rispetto al sistema. È l'elemento che consente l'unità tra il rapporto concreto e il sistema scientifico nel suo complesso. Esso è concettualmente eccedente rispetto al singolo rapporto concreto; ma al contempo è socialmente eccedente rispetto alla pura dogmatica giuridica. In questa eccedenza appare tutto il suo realismo: l'istituto è quasi la traslitterazione giuridica dell'istituzione sociale. In esso il singolo rapporto giuridico trova «realtà e vita» [*Wahrheit und Leben*]<sup>22</sup>.

## 2. *L'istituto e l'istituzione*

La dottrina savignyana dell'istituto giuridico sconta tuttavia una certa vaghezza nella distinzione tra aspetto formale e aspetto sociale, soprattutto per quanto riguarda la natura e la consistenza del secondo.

Il lato sociale dell'istituto giuridico è enucleato in modo più preciso da Friedrich Julius Stahl. Invero è proprio dalla riflessione di quest'ultimo che anche Savigny attinge<sup>23</sup> per sviluppare la propria dottrina<sup>24</sup>.

Stahl fa emergere, dal di sotto della concettualità giuridica dell'istituto, la dimensione reale dell'*istituzione sociale*. Quest'ultima consta di un oggetto sociale che si radica in una continuità storica: gli esempi formulati da Stahl sono il patrimonio, la famiglia e lo *Stato* stesso. Più in generale, Stahl esclude che per diritto si debba intendere

«il puro insieme concettuale di norme giuridiche, ma sempre già e al tempo stesso il complesso dei rapporti già realmente ordinati [*wirklich geordnet*] – del patrimonio, della famiglia, dello Stato, ecc. – (nella misura in cui questi rapporti esistono in forza

---

<sup>21</sup> M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Milano 2001, pp. 30, 31.

<sup>22</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 10.

<sup>23</sup> *Ibidem*, nota (a) di p. 10.

<sup>24</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 50. Questo debito scientifico è comunque discusso (P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, cit., p. 37, nota 85).

del diritto come stabile istituzione [*Einrichtung*]), dunque tutta la condizione giuridica. Così anche la scienza del diritto ha per oggetto: la proprietà, la servitù, il possesso, la cessione, l'azione ecc. e queste chiaramente non sono pure e semplici leggi, ma rapporti, istituti»<sup>25</sup>.

Stahl è più conseguente nell'affermazione della socialità dell'istituto giuridico. L'approccio è più apertamente realistico rispetto a quello di Savigny, il quale sottolinea bensì la dimensione sociale dell'istituto, ma indulgendo ad una sorta di dualismo dalle tinte già quasi moderne, talora giudicato come la premessa teorica dell'esasperato formalismo della pandettistica<sup>26</sup>. Stahl, in particolare, è maggiormente sensibile alla ricerca dell'unità del reale propria del suo tempo, ossia la «rappresentazione romantica dell'unità della vita di tutto il reale, il principio della “totalità”»<sup>27</sup>. Nella dottrina del giurista bavarese, l'istituto giuridico non svolge anzitutto una funzione di qualificazione dei rapporti giuridici; non si tratta di uno strumento per l'operazione concettuale della sussunzione; e soprattutto non è un contenuto storicamente pregnante ma destinato ad avere poca rilevanza nel momento in cui il giurista rivolge la sua attenzione al sistema. L'istituto giuridico è invece coincidente con l'*istituzione sociale*: esso è l'insieme dei rapporti reali ordinati in una stabile istituzione.

Per Stahl, dunque, l'istituto è in sé una realtà intrinsecamente giuridica. È difficile scorgere in questa concezione un dualismo simile a quello che Savigny, pur ancora assai lontano dalle astrattezze della Pandettistica, fa in qualche misura suo. Non sembra esservi traccia di un “materiale” sociale bisognevole di qualificazione giuridica. È la «forza del diritto» a fare l'istituzione; ma non già qualificando liberamente il materiale sociale, bensì cogliendo quei rapporti giuridici già *realmente* ordinati e consolidati in un'istituzione sociale. In ciò riposa quell'aspirazione all'unità della conoscenza, propria dell'epoca in cui Stahl sviluppa la propria dottrina, che respinge ogni dualismo tra vita giuridica e forma giuridica.

Anche Savigny è in cerca di tale unità. La sua aspirazione alla sistematicità (che egli considera in fondo come sinonimo di scientificità) lo trattiene tuttavia dallo scivolare in una cristallizzazione storica simile a quella di Stahl. Per Savigny i rapporti giuridici hanno una «parte mobile» [*bewegliche Seite*], diacronica, che ne esprime il «processo di vita» [*Lebensprozeß*]; la loro «parte stabile» [*stabilen Seite*] ne esprime invece la validità giuridica attuale<sup>28</sup>. Il rapporto tra le due parti si coglie

---

<sup>25</sup> F.J. STAHL, *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg 1833, vol. II, p. 114. Ci si è avvalsi anche della traduzione del brano curata da P.L. Lucchini e contenuta in W. WILHELM, *op. cit.*, p. 51.

<sup>26</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 53 e ss.

<sup>27</sup> W. WILHELM, *op. cit.*, p. 52.

<sup>28</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 393.

principalmente nell'istituto; ma è un rapporto destinato a rimanere privo di significative conseguenze sul piano pratico. È un aspetto che si coglie bene se si considera che alla distinzione savignyana tra istituti naturali e istituti artificiali (solo i primi si caratterizzerebbero per un «fondamento etico-naturale» [*natürlich-sittlichen Grundlage*] e risponderebbero dunque ad una «necessità generale» [*allgemeinen Nothwendigkeit*]<sup>29</sup>) non consegue alcuna differenziazione sul piano del trattamento metodico. Sicché la «condizionatezza storico sociale del diritto in questa maniera veniva ignorata, cioè il diritto veniva spiegato con se stesso, non con la sua funzione sociale»<sup>30</sup>.

Da parte sua Stahl non ricerca l'unità dell'ordinamento concreto nell'immanenza del sistema giuridico bensì nella sua legittimazione tradizionale e finalmente metastorica quale *sittliches Reich*: la sua filosofia del diritto è un capitolo della sua teologia politica<sup>31</sup>.

Savigny, per contro, è già in dialogo con la modernità. L'idea di scientificità da cui è avvinto ha radici nella gnoseologia kantiana, che egli cerca di superare ma dalla quale nondimeno parte. In questo tentativo, si colloca cronologicamente e scientificamente nelle schiere della reazione idealista al dualismo gnoseologico. «È certo, dunque», osserva Maurizio Fioravanti, «che Savigny è figlio del Settecento tedesco, subisce l'influsso di Kant, sostiene i dogmi illuministici della completezza e della razionalità della legge, ma è altrettanto certo che tutto ciò si converte in lui in un antiilluminismo di fatto»<sup>32</sup>.

È questo «antiilluminismo di fatto» che attenua pur senza eliminarle le sfumature dualistiche del *System*. La chiave dell'unità dell'ordinamento giuridico si ritrova nella dottrina dell'istituto giuridico; la chiave dell'unità tra l'ordinamento giuridico concreto e il sistema scientifico si ritrova nell'"intuizione" dell'istituto.

### 3. *L'intuizione dell'istituto*

A questa altezza della riflessione si comprende la strutturale incompiutezza della dottrina savignyana dell'istituto giuridico, ma in fondo dell'istituto in generale.

I singoli istituti sono capaci di definizione dogmatica. Non tuttavia l'istituto in generale, che sembra sfuggire a precise concettualizzazioni e razionalizzazioni. Il lato concettuale dei singoli istituti è adatto ad un impiego secondo la logica formale del sistema, ed è dunque suscettibile di scomposizione, ricomposizione, combinazione; in una parola: di sistematizzazione. Il lato sostanziale dell'istituto,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 357

<sup>30</sup> WILHELM, *op. cit.*, p. 57.

<sup>31</sup> I. STAFF, *Lehren vom Staat*, Baden-Baden 1981, p. 237.

<sup>32</sup> M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, p. 27.

quello storico-sociale, si sottrae invece alla riduzione formalistica. Esso va ricercato in fonti ben più vaghe e romantiche, quali la storia o il *Volksgeist*. Per questa sua natura sfugge alla comprensione di una scienza che cerca il proprio paradigma principalmente nella logica formale. L'istituto giuridico, proprio per la sua origine storico-spirituale, non può essere conosciuto attraverso la sola deduzione logica; ad esso si accede invece per il tramite della conoscenza *intuitiva*. Alla stregua della decisione su un singolo caso concreto, che trova la propria «radice vivente» nell'«intuizione» del rapporto giuridico, «anche la regola giuridica», afferma Savigny, «così come la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nell'intuizione [*Anschauung*] dell'istituto giuridico»<sup>33</sup>.

Il sostantivo usato da Savigny è *Anschauung*, tradotto comunemente, appunto, come «intuizione»<sup>34</sup>. Si tratta di una scelta fondata su robuste ragioni filologiche. Come è stato mostrato<sup>35</sup>, vi è un legame tra il pensiero di Savigny e il concetto di intuizione (*Anschauung*) sviluppato da Kant e dalla successiva filosofia idealista. La conoscenza per intuizione è uno dei luoghi da cui muove il tentativo, fatto proprio anche dalla scienza giuridica, di superare il dualismo tra conoscenza fenomenica e conoscenza noumenica; superamento le cui premesse sono già in qualche modo implicite nella terza critica kantiana<sup>36</sup>. L'intuizione non è più solo sensibile ma anche intellettuale (*intellektuelle Anschauung*), e dunque capace di estendere la conoscenza «al di là del concetto»<sup>37</sup>. È quel «positivismo del senso comune»<sup>38</sup> che caratterizza l'idealismo trascendentale. L'intuizione intellettuale è per Fichte

«la coscienza immediata che io agisco, e di ciò che agisco: essa è ciò per cui io so qualcosa perché la faccio. Che una tale facoltà dell'intuizione intellettuale esista, non si può dimostrare per concetti, né si può sviluppare da concetti quello che essa è. Ognuno deve trovarla immediatamente in sé stesso, altrimenti non imparerà mai a conoscerla. La richiesta di dimostrargliela per ragionamenti è ancor più sorprendente di quella, ipotetica, di un cieco nato di spiegargli, senza ch'egli debba vedere, che cosa sono i colori»<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 9.

<sup>34</sup> F.C. VON SAVIGNY *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. V. Scialoja, Torino 1886, p. 38.

<sup>35</sup> D. NÖRR, *Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft*, Monaco 1982, p. 615 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. E. KAUFMANN, *Sul concetto di organismo nella dottrina dello Stato del secolo XIX*, cit., pp. 12, 13.

<sup>37</sup> L. GUILLERMIT, *Immanuel Kant e la filosofia critica*, in F. CHÂTELET (a cura di), *La filosofia e la storia*, Milano 1976, vol. V, p. 27.

<sup>38</sup> A. PHILONENKO, *F. W. J. Schelling*, in F. CHÂTELET, *La filosofia e la storia*, cit., vol. V, p. 69.

<sup>39</sup> G. FICHTE, *Seconda introduzione alla Dottrina della scienza, per lettori che hanno già un sistema filosofico*, in *Grande Antologia Filosofica*, Milano, 1971, vol. XVII, pp. 962-964. Sul punto I. STAFF, *op. cit.*, p. 165.

È questo tipo di intuizione che Savigny sembra fare propria.

L'*Anschauung* savignyana appare come il momento della conoscenza che afferra l'essenza degli istituti giuridici. Tale essenza è appunto intuita, e non necessita pertanto di dimostrazioni per mezzo della ragione, né sarebbe possibile offrirne; e non perché sia contraria alla ragione, ma piuttosto perché è oltre la possibilità di argomentare per concetti. Non diversamente dall'intuizione fichtiana, essa è il punto di partenza ontologico, non dimostrabile per ragionamento, da cui si dipana successivamente la conoscenza per concetti.

«Nel pensiero di Savigny», è stato osservato, «la invisibilità dei significati, o dei concetti o degli istituti, ha il suo rovescio in una ideale visibilità. Gli istituti. Il giurista è in grado di vederli [...] la visibilità si attua, per Savigny, attraverso la *Anschauung* o "intuizione": uno strumento di conoscenza a cui egli affida, dal *Beruf* al *System*, un ruolo imprescindibile, in alterno accordo a disaccordo con Fichte e Schelling, con Jacobi e appunto Goethe, sullo sfondo della logica kantiana e oltre e contro di essa. La *Anschauung*, quali ne siano i limiti, include o avvia un lavoro "costruttivo"; ma è immune dal disvalore che invece accompagna quasi sempre l'"astrazione" in senso logico e ogni "irragionevole sforzo" per raggiungerla»<sup>40</sup>.

In altri termini, l'intuizione dell'istituto giuridico è il momento conoscitivo al di fuori del sistema e attraverso il quale, tuttavia, si dà prova della realtà del sistema stesso. Almeno sotto questo profilo teorico, il diritto per Savigny non può essere provato attraverso il diritto. Il sistema, la dogmatica, la deduzione logico-concettuale, non riposano su se stesse ma sul «profondo fondamento nell'intuizione dell'istituto giuridico»<sup>41</sup>.

Sinteticamente, l'istituto può allora essere definito come la traslitterazione nel codice dei concetti giuridici delle istituzioni sociali che abbiano conseguito un grado di stabilità storica tale da renderle intuibili come realtà *ab intrinseco* già giuridiche.

---

<sup>40</sup>M. BRETONE, *Il diritto invisibile. Concetti e metafore nel "Sistema" di Savigny*, in F. MACARIO, N.M. MILETTI, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano 2006, p. 23. Sull'"intuizione" savignyana, cfr. anche M. BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, voll. V/VI del 1976/77.

<sup>41</sup>Mette giustamente in guardia dai pericoli di possibili torsioni verso l'"intuizionismo" F. PEDRINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul "metodo" nel diritto pubblico*, in *Jura Gentium*, n. 2/2018, p. 105 e ss.