

MARCO D'ALBERTI

Vico, il metodo giuridico e il diritto dell'età globale

1. "Verum et factum": diritto e fatto in Vico. — Già dal *De antiquissima italarum sapientia* (1710) Vico associa "verum et factum": "verum & factum reciprocantur, seu, ut Scholarum vulgus loquitur, convertuntur"; e prosegue: "verum esse ipsum factum"¹. Più volte tornerà sul punto nella sua opera, sia nel *De universi iuris uno principio et fine uno* (1720), sia nei *Principj di scienza nuova* (1725, 1730 e 1744).

La verità va ritrovata nei fatti. È una lezione di realismo. In ciò Vico riprende pienamente la cultura dell'Umanesimo e del Rinascimento. Emerge un nesso significativo fra l'associazione di "verum et factum" e il metodo seguito da Machiavelli nel *Principe*, là dove si sottolinea che, per analizzare le varie forme di governo, occorre guardare alla "verità effettuale della cosa"². Vico, da questo punto di vista, è, come ha scritto Benedetto Croce, "vero e degno successore" del Machiavelli³. La metafisica e la teologia appaiono inadeguate alla conoscenza, alla *scienza nuova*: non che Vico abbandoni del tutto la metafisica, ma la sua non è più "metafisica degli eterni e degli immutabili, bensì del genere umano"⁴; occorre conoscere attraverso i fatti e le cose degli uomini.

Vico è filosofo, ma anche giurista. Il diritto per lui si basa essenzialmente sul fatto: e il fatto è già diritto. Egli ritiene che le consuetudini, fondate sui

fatti, siano l'elemento principale dell'esperienza giuridica, ben più delle leggi, e guarda con la massima attenzione al diritto naturale delle genti che si sviluppa attraverso i *mores*. Il Vico precisa: "*Et mores et leges sunt iuris naturae interpretationes: sed mores sunt interpretatio firmior, nam factis ipsis probantur et diuturnitate temporis abeunt in naturam; leges sunt interpretatio quandoque melior, at semper infirmior, utpote quae a mutabili voluntate dictae*"⁵.

Il nesso fra il diritto e il fatto è evidente anche in quelle parti dell'opera vichiana in cui si sostiene il primato della giurisdizione e della giurisprudenza sulla legislazione: giurisdizione e giurisprudenza che anch'esse nascono dal fatto, dal caso concreto. E vi è, poi, una grande attenzione per i modelli olandese e inglese: dunque per il contratto, il *common law*, il *judge made law*, tutti aspetti che esprimono una stretta connessione tra elemento giuridico e profili fattuali⁶.

2. *Pregi del metodo realistico del giurista.* — Dopo Vico la scienza giuridica ha seguito vie diverse, talora allontanandosi dall'attenzione dedicata al fatto e all'esperienza concreta, talaltra riavvicinandosi, in modi diversi, alla lezione del realismo. Nel XIX secolo, l'*École de l'exégèse*, riconoscendo il primato della legge, ha relegato in secondo piano la rilevanza del fatto e il ruolo della giurisprudenza. La Scuola storica poi ha nuovamente sottolineato l'importanza, per la formazione e la costruzione del diritto, delle consuetudini, delle "costumanze" basate sui fatti. La Pandettistica ha preferito, con una rottura significativa, la via della rarefazione delle categorie concet-

tuali astratte⁷. Il Novecento, poi, ha ripreso, in maniera implicita o esplicita, molti insegnamenti vichiani.

L'attenzione al fatto e all'esperienza concreta ha condotto i giuristi ad allargare l'ambito stesso del diritto: non si è guardato più esclusivamente alle norme, ma anche alle istituzioni che possono sussistere indipendentemente dalle norme e ancor prima di esse. E si è guardato, più in generale, all'esperienza giuridica, che ricomprende le norme, le istituzioni, ed anche la scienza giuridica, che diviene parte integrante del diritto. Tutto ciò ha consentito al giurista di occuparsi di materie e di problemi sempre più ampi, di capire la genesi degli ordinamenti giuridici e la compiuta ricchezza del sistema delle fonti del diritto, di andare oltre il diritto dello Stato. Possono prendersi due esempi di giuristi del Novecento che si ispirano fortemente all'insegnamento vichiano.

Giuseppe Capograssi è stato un vero e proprio "discepolo" di Vico⁸. La sua concezione del diritto come esperienza giuridica si ispira chiaramente agli insegnamenti del giurista napoletano del XVIII secolo. Scrive Capograssi: "la legge non è più un puro dover essere, una mera norma, o peggio una volizione generale, una volizione di classi di azioni: questo concetto è risultato privo di significato e di valore, sterile e inadeguato a cogliere l'essenza del diritto, ma la legge è tale in quanto si inserisce in quella realtà da cui nasce e a cui tende, si rifonde con la realtà che è sua e ridiventa un momento di quel processo da cui è nata e che esprime. La scienza è qui arrivata quasi si direbbe a concepire il diritto come

la idea umana di Vico, che è tale in quanto crea il mondo umano della storia". E poi: "dunque il diritto essendo un mondo dell'esperienza, una forma di vita dell'esperienza, non si cristallizza in nessuna delle formazioni del mondo del concreto, ma accompagna tutte le formazioni: non è solo nella formazione concreta che è lo Stato, ma in tutte le formazioni, poiché appunto esso è oramai una posizione della vita che si realizza in tutte le situazioni del concreto [...] di qui la inclusione nel mondo giuridico di tutte le realtà nelle quali un ordinamento giuridico si realizza"⁹.

Riccardo Orestano, grande ammiratore di Vico, da lui considerato "gigante del pensiero, nel suo tempo e in ogni tempo", sottolinea che l'apporto principale del giurista e filosofo napoletano sta "nell'aver attribuito al *factum* il valore di *verum*, risolvendo l'uno nell'altro e immedesimandoli: l'idea più alta e più vera che della storicità si possa avere"¹⁰. E, professando magistralmente il metodo storico e realistico, Orestano ha formulato concetti essenziali per la scienza giuridica, come quello di "fatti di normazione", che si è rivelato essenziale per ammodernare la teoria delle fonti del diritto. I fatti di normazione si distinguono in "fatti normativi" e "fatti di produzione normativa". È significativa la definizione che Orestano dà dei primi: fatti normativi sono "quei fatti (e più spesso quelle 'serie di fatti') che, al di fuori di una preventiva posizione di norme regolatrici, valgono - col loro realizzarsi e stabilizzarsi - ad instaurare o modificare un ordinamento giuridico, nel suo insieme o in singole strutture, ponendosi, essi

medesimi, come determinanti della propria legittimità ed efficacia”¹¹.

L'attenzione dedicata ai “fatti normativi” consente al giurista di considerare rilevanti per il diritto, e già muniti di giuridicità, fenomeni concreti che emergono ben prima delle norme: ad esempio, Orestano ritiene essenziali per la formazione dell'ordinamento romano arcaico l'aggregazione di fatto dei villaggi latini preesistenti a Roma, la struttura delle *familiae* e delle *gentes* che precede il sorgere della nuova comunità, l'efficacia dei *mores* antichi, il concreto esercizio del potere regio in una situazione di mancanza di leggi. Seguendo tale percorso, Orestano certamente si ispira agli insegnamenti vichiani. Al tempo stesso, egli applica la concezione istituzionale del diritto e l'idea di ordinamento giuridico, riprendendo Santi Romano. Può qui esser sottolineato che in Romano non si rinvengono riferimenti espliciti a Vico¹².

Il realismo si è sviluppato in tante altre forme, non sempre con espliciti richiami all'insegnamento vichiano. Per restare al nostro Paese e al campo del diritto amministrativo, i contributi di Giannini e di Nigro si sono posti su questa via, sospingendo l'analisi giuridica ben al di là dei confini stretti della dogmatica e dell'astrazione concettuale: si pensi a quel che Giannini ha scritto sui sindacati e sui partiti politici come pubblici poteri¹³.

In definitiva, l'attenzione al fatto, alla realtà delle cose, all'esperienza concreta ha portato con sé risultati di grande apertura e di notevole rilievo nella scienza giuridica successiva a Vico.

Il nesso fatto-diritto, e il metodo realistico, hanno mostrato anche dei limiti. Talora la scienza giuridica, per inseguire il fatto e per coglierlo nella sua realtà, ha finito per adottare un approccio descrittivo-problematico e ha dimenticato l'aspetto prescrittivo della giuridicità: il realismo giuridico statunitense è talora caduto in questi eccessi, indulgendo più del dovuto ad una *sociological jurisprudence*¹⁴.

Cassese ha sottolineato che la giurisprudenza – intesa nel suo significato più ampio di scienza del diritto – rientra fra le scienze sociali. Il giurista può e deve occuparsi di tanti fenomeni che emergono nei fatti della società e solo progressivamente vengono assoggettati a norme. Il giurista può ben utilizzare approcci e strumenti tipici della teoria economica, della scienza politica, della sociologia; può, in particolare, servirsi di “discorsi descrittivi” della realtà. Ma deve saper combinare “discorsi descrittivi” e “discorsi prescrittivi”, essendo questi ultimi essenziali nell'esperienza giuridica¹⁵. Quest'ultima, altrimenti, perde la sua specificità.

3. *La situazione attuale: il fatto e il “farsi”*. – La situazione attuale presenta diverse complessità.

Da un lato, il cammino verso il realismo giuridico continua a subire non poche interruzioni. In varie discipline giuridiche è ancora forte l'influenza di un approccio tecnico-giuridico che spesso privilegia in modo eccessivo una terminologia molto esclusiva, spesso escludente, poco accessibile ai non addetti ai lavori, e un'astrazione concettuale assai ra-

refatta. L'indirizzo basato sull'interpretazione dettagliata delle norme è largamente utilizzato. L'apertura all'analisi economica del diritto, alla sociologia, alla scienza politica è rara. Questa persistenza del formalismo viene a limitare fortemente gli orizzonti del giurista.

D'altro lato, non mancano esempi di un eccessivo ossequio del giurista al fatto. È il caso degli studi giuridici sull'età contemporanea che sottolineano il fatto della supremazia dei grandi poteri economici. Secondo tali studi, il diritto non è in grado di modificare questo dato di fatto, che già di per sé mostra una sua giuridicità. In particolare, i poteri economici privati non si lasciano controbilanciare da misure di regolazione dei poteri pubblici¹⁶. Habermas ha sottolineato bene il punto: vi è l'idea di un appiattimento eccessivo della giuridicità sul fatto, che porta a un "disincantamento sociologico del diritto", all'incapacità del diritto di porre in campo rimedi idonei a riequilibrare una realtà effettiva basata sui rapporti di forza¹⁷. Il diritto sembra perdere ogni parvenza di prescrittività di fronte alla complessità sociale: quel che conta non sono i rapporti giuridici, ma quelli economico-produttivi. Il diritto è screditato. È impotente di fronte alle storture della realtà. Entrano, così, in crisi la legalità e anche la democrazia.

È necessario andare oltre queste impostazioni. A tal fine acquista rilievo un altro fondamentale insegnamento vichiano. Il diritto è fatto, ma il fatto conosce una sua evoluzione dinamica. La *Scienza nuova* vede i fatti in movimento. Come ha scritto France-

sco De Sanctis trattando del Vico, l'importante non è di osservare il fatto, ma di esaminare come il fatto si fa. Il vero non è nella sua immobilità, ma nel suo divenire, nel suo farsi"¹⁸. E se il fatto è già diritto, il movimento del fatto è movimento del diritto.

In proposito, è essenziale la distinzione vichiana, contenuta nel *De uno universi iuris principio et fine uno*, fra *jus naturae prius* e *jus naturae posterius*: il primo è basato sui sensi e sulla forza, il secondo sulla ragione; l'ordine delle cose, dunque, storicamente nasce dalla forza, ma conduce gradualmente alla ragione¹⁹. La distinzione è ripresa nella *Scienza nuova*, ove il Vico tratta delle diverse "spezie di diritti naturali" e individua un diritto "eroico, ovvero della forza", proprio delle "prime genti per natura feroci", dal quale si passa a un "diritto umano" dettato dalla "ragione umana", che si sviluppa presso le "nazioni ingentilite"²⁰. È un progressivo "incivilimento", non necessariamente lineare poiché può subire arresti e controtendenze.

Il diritto dell'età "globale" non può non tener conto della forza dei poteri economici (*jus prius*); ma questa realtà di fatto ha una sua dinamica, si trasforma, può e deve essere sottoposta ad una nuova regolazione (*jus posterius*), che oppone la ragione alla forza.

Il giurista non può arrendersi alla forza che sta nel fatto. Deve far emergere una prescrittività che conduca dalla forza alla ragione.

Si possono fare alcuni esempi tratti dal diritto amministrativo. I recenti studi di Sabino Cassese sugli ordinamenti giuridici globali dimostrano che tali or-

dinamenti sono largamente influenzati dai poteri economici e finanziari ma che, al tempo stesso, in essi si ritrovano anche elementi di democrazia e di legalità²¹.

Il diritto amministrativo degli ultimi anni sempre più si occupa dei mercati. Il diritto amministrativo dell'economia è oggi la parte forse più importante dell'intera materia. Nella regolazione dell'economia, il diritto amministrativo, da un lato, ha saputo auto-limitarsi: ne sono esempi eloquenti le leggi sulle liberalizzazioni, ove si prevede l'eliminazione o la riduzione di misure amministrative, che vengono sostituite da atti privati (è il caso della cosiddetta segnalazione certificata di inizio di attività, che consente alle imprese di entrare nei mercati senza autorizzazioni amministrative preventive). D'altro lato, però, il diritto amministrativo incide fortemente sulla realtà economica con misure di vigilanza e di controllo e pone argine all'esercizio dei poteri privati di mercato: basti pensare alle funzioni attribuite alle autorità europee per la supervisione delle banche, delle assicurazioni e dei prodotti finanziari, o all'applicazione delle regole antitrust.

Infine, il giudice amministrativo è oggi il più importante giudice dell'economia ed effettua un difficile bilanciamento non più soltanto tra autorità pubblica e libertà privata, ma tra pubblici poteri, diritti dei privati e poteri economici privati. Anche nel diritto giurisprudenziale, dunque, si possono ritrovare contrappesi ad una realtà di fatto in cui i poteri di mercato assumono un ruolo assai rilevante. Ne risulta che i diritti dei cittadini sono tutelati non sol-

tanto nei confronti dei poteri pubblici – in continuità con la impostazione tradizionale del diritto amministrativo – ma anche nei confronti dei poteri economici privati, spesso i più insidiosi.

In conclusione, l'importanza dell'insegnamento vichiano non sta soltanto nell'indicazione di una via che conduce ad un realismo giuridico attento al fatto. La lezione di Vico sta anche nel sottolineare un processo, un movimento, un farsi appunto, che porta a trasformare una realtà di fatto basata sulla forza in una diversa esperienza giuridica fondata sull'equità e sulla ragione. Occorre dedicare la massima attenzione al fatto, ma si deve evitare che questa attenzione significhi accettazione passiva di una realtà priva di ragione e di equilibrio²².

¹ G. Vico, *De antiquissima italorum sapientia*, Napoli, 1710, pp. 14 e 15.

² Così scrive il Machiavelli: "Ma, sendo l'intento mio scrivere cosa utile a chi la intende, mi è parso più conveniente andare dietro alla verità effettuale della cosa, che alla immaginazione di essa. E molti si sono immaginati repubbliche e principati, che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero" (*Principe*, Cap. XV).

³ B. Croce, *Etica e politica*, Bari, 1945, p. 254.

⁴ P. Piovan, *Vico e la storicizzazione della ragione*, in Id., *La filosofia nuova di Vico* (a cura di F. Tessoro), Napoli, 1990, p. 402.

⁵ G. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Napoli, 1720, ora in Id., *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974, p. 174. Nella traduzione italiana pubblicata da Carlo Sarchi nel 1866: "le leggi e le costumanze sono le une e le altre espressioni del diritto, ma le costumanze ne sono interpretazione più ferma e più salda, perché desse coi fatti si dimostrano, e l'andar del tempo in abito naturale le converte.

Le leggi sono interpretazione talvolta migliore, sempre però più debole, per esser dettate da un mutabil volere”.

⁶ Su tutti questi aspetti si veda N. Badaloni, *Sul vichiano diritto naturale delle genti*, in G. Vico, *Opere giuridiche*, cit., p. XV e ss.

⁷ Su tutti questi aspetti si veda M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012, p. 281 ss. e p. 384 ss.

⁸ Così V. Frosini, *Giuseppe Capograssi*, Torino, 1961, p. 13, citato da P. Piovani, *Capograssi e Vico*, in Id., *La filosofia nuova di Vico*, cit., p. 324.

⁹ G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962 (edizione riveduta a cura di P. Piovani), pp. 9-10.

¹⁰ Così R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 216.

¹¹ Così R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 28-29.

¹² Vico non è nell'indice analitico de *L'ordinamento giuridico* (1917) e neppure nei *Principii di diritto costituzionale generale* (2 ed., 1946). In particolare, Vico non è citato da Romano fra i giusnaturalisti: si menzionano Pufendorf, Thomasius, Wolf, Hobbes, Locke, Spinoza, Rousseau.

¹³ Si veda M.S. Giannini, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 16 ss. e 56 ss.

¹⁴ Riferimenti interessanti alle diverse posizioni dei realisti americani in N.E.H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, 1997, spec. p. 223 ss.; A. Giuliani, *Dal positivismo benthamiano al realismo giuridico*, in F. Rossi-Landi (a cura di), *Il pensiero americano contemporaneo (scienze sociali)*, Milano, 1958, p. 146 ss.

¹⁵ S. Cassese, *La giurisprudenza come scienza sociale*, note non pubblicate, 2012.

¹⁶ Si vedano, ad esempio, N. Luhmann, *La differenziazione del diritto* [1981], Bologna, 1990; e A. Baldassare, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.

¹⁷ J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996, spec. p. 55 ss.

¹⁸ Così F. De Sanctis, *La letteratura italiana* [1870-1871], Roma, 1988, vol. II, p. 288.

¹⁹ “Itaque tutela sensuum et affectuum libertas sane sunt ius naturale, quod antiqui interpretes appellant ‘prius’ et stoicis dicuntur ‘prima naturae’; dominium rationis, affectuum equalitas, tutela consilii est ius naturale eorundem antiquorum interpretum ‘secundarium’, quod dicunt, et ‘naturae consequentia’ stoicorum”. (Nella traduzione italiana del 1866, citata alla nota 5: “La tutela dei sensi e la libertà degli affetti costituiscono dunque quel naturale diritto nominato *prius*, primario, dagli antichi interpreti, e dagli stoici ‘primi naturali diritti’. La signoria della ragione, l’equilibranza degli affetti, l’autorità tutelare del consiglio, formano quel diritto naturale detto ‘secondario’ dagli interpreti, e ‘conseguenza della natura’ dagli stoici”). Così G. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Napoli, 1720, ora in *Id., Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974, p. 90-93.

²⁰ G. Vico, *Principj di scienza nuova*, Napoli, 1744, ora in edizione Einaudi, 1976 (a cura di F. Nicolini), tomo I, p. 114; tomo III, p. 407.

²¹ S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012.

²² È la via verso un realismo critico: sul punto si vedano le interessanti osservazioni di M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, spec. p. 61 ss.