

ANTONIO MERLINO, *Vittorio Frosini e l'eredità di Hans Kelsen in Italia : il diritto come morfologia della prassi*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento» (ISSN: 0392-0011), 35 (2009), pp. 39-73.

Url: <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/anisig>

Questo articolo è stato digitalizzato dal progetto ASTRA - *Archivio della storiografia trentina*, grazie al finanziamento della Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA è un progetto della Biblioteca Fondazione Bruno Kessler, in collaborazione con Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Istituto Storico Italo-Germanico, Museo Storico Italiano della Guerra (Rovereto), e Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA rende disponibili le versioni elettroniche delle maggiori riviste storiche del Trentino, all'interno del portale [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access*.

This article has been digitised within the project ASTRA - *Archivio della storiografia trentina* through the generous support of Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA is a Bruno Kessler Foundation Library project, run jointly with Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Italian-German Historical Institute, the Italian War History Museum (Rovereto), and Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA aims to make the most important journals of (and on) the Trentino area available in a free-to-access online space on the [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access* platform.

Nota copyright

Tutto il materiale contenuto nel sito [HeyJoe](#), compreso il presente PDF, è rilasciato sotto licenza [Creative Commons](#) Attribuzione–Non commerciale–Non opere derivate 4.0 Internazionale. Pertanto è possibile liberamente scaricare, stampare, fotocopiare e distribuire questo articolo e gli altri presenti nel sito, purché si attribuisca in maniera corretta la paternità dell’opera, non la si utilizzi per fini commerciali e non la si trasformi o modifichi.

Copyright notice

All materials on the [HeyJoe](#) website, including the present PDF file, are made available under a [Creative Commons](#) Attribution–NonCommercial–NoDerivatives 4.0 International License. You are free to download, print, copy, and share this file and any other on this website, as long as you give appropriate credit. You may not use this material for commercial purposes. If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.



Vittorio Frosini e l'eredità di Hans Kelsen in Italia: il diritto come morfologia della prassi

di Antonio Merlino

Abstract – In the early Sixties, the Sicilian jurist Vittorio Frosini was the first to attempt an historicization of Hans Kelsen's Italian inheritance. Frosini asserts that we cannot disregard the extreme outcomes of the *reine Rechtstheorie* and in a lucid criticism of Kelsenism, he points out that the law is not an empty form of Kantian purity, but instead, structure, social praxis, and «morphology of the praxis».

I.

Nell'estate del 1961, a Verzella, sulle pendici dell'Etna, Vittorio Frosini scrive *La struttura del diritto*. In quelle pagine egli sostiene che il diritto è azione, prassi, che sul terreno dell'esperienza, nella storia, acquista una sua forma. Prendendo le distanze da Kelsen, Frosini rifiuta ogni riduzione del giuridico nel normativo e afferma che il diritto è morfologia della prassi¹.

La struttura del diritto segna la rotta dell'itinerario speculativo di Frosini e condensa riflessioni che egli aveva già avviato tra la fine degli anni Cinquanta e i primi anni Sessanta in *Il concetto di struttura e la cultura*

¹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano 1962, pp. 1-206. Vittorio Frosini nacque a Catania il 9 marzo 1922. Consegui la licenza liceale a Capodistria nel 1939. Fu quindi ammesso alla classe di Lettere e Filosofia della Scuola Normale Superiore di Pisa, dove si laureò nel 1943. Nel 1947 conseguì la laurea in giurisprudenza all'Università di Catania. Nel 1952 fu Research student in Social Studies al Magdalen College di Oxford. A partire dal 1954 insegnò Storia delle dottrine politiche all'Università di Catania. Fu quindi professore ordinario di Filosofia del diritto alle Università di Catania (1964) e Roma (1971). Dal 1986 fu titolare della cattedra di Teoria dell'interpretazione all'Università La Sapienza di Roma. Fu Visiting professor a Tokyo (1978), Harvard (1981) e Bogotà (1986). Dal 1981 al 1985 fu componente laico del Consiglio Superiore della Magistratura e dal 1989 membro della Commissione Tributaria Centrale. Si spense il 24 settembre 2001. Si veda R. RUSSANO, *Bibliografia degli scritti (1941-1994)*, Milano 1994, pp. II-XV, 1-157, e in particolare pp. XIII-XV per una nota biografica.

giuridica contemporanea, *Senso comune e scienza giuridica*, *Formalismo e morfologia nella logica del diritto* e *L'attualità del diritto naturale*². Coevo a *La struttura del diritto* è infine un significativo saggio dal titolo *La critica italiana a Kelsen*. Si tratta di un primo tentativo di storicizzare l'eredità kelseniana in Italia: Frosini giunge alla conclusione che per poter *philosophieren* occorre *kelsenisieren*³. Il giurista non può prescindere dalla «reine Rechtslehre»: proprio l'esito della lezione kelseniana sembra esigere un ulteriore impegno dalla scienza del diritto. In un dialogo ideale col giurista austriaco, Frosini dà vita alla concezione del diritto come morfologia della prassi, svolgendo una lucida critica al formalismo giuridico. Se Kelsen aveva ridotto *ad unum* la varietà dell'esperienza giuridica, contraendo il diritto nella dimensione della legge positiva, Frosini recupera una dialettica tra legge scritta e legge non scritta, tra giudizio di legalità e giudizio di equità, tra la lettera e lo spirito della legge, tra azione e forma dell'azione. In questo senso il pensiero giuridico di Vittorio Frosini si inserisce pienamente in quella rigogliosa tradizione che ha saputo riscoprire, nel Novecento, la complessità del paesaggio del diritto, non costringibile nella semplicità del binomio Stato-individuo⁴.

Per Frosini il diritto è *prâxis* che si struttura, azione riflessa, alienata dall'agente, materia metamorfica che si incarna nelle forme della legge. Il diritto «riguarda l'agire umano». Esso è «l'azione in quanto tale, cioè considerata per sé stessa, distinta dal singolo agente» e dalla «volontà individuale», che «è per suo proprio istinto volubile, particolare, disordinata, perché mutevole secondo le necessità, le opportunità, le emozioni». Il diritto costituisce una «logica delle azioni umane», l'«insieme delle forme, che conferiscono una sua struttura all'agire sociale». Esso è quindi un «agire, reso razionale», azione che da particolare si fa comune: morfologia della prassi, struttura dell'azione, *forma agendi*. La giuridicità è assicurata dalla «trascendenza delle forme sulla mutevolezza della volontà

² V. FROSINI, *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 36, 1959, pp. 167-176, e, dello stesso autore, si vedano: *Senso comune e scienza giuridica*, in «Rivista di diritto civile», 12, 1966, pp. 574-587; *Formalismo e morfologia nella logica del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 39, 1962, pp. 395-399; *L'attualità del diritto naturale*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 38, 1961, pp. 519-523.

³ V. FROSINI, *La critica italiana a Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 38, 1961, pp. 201-213. Ora in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano 1998², pp. 21-34, in particolare p. 33.

⁴ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, pp. 119-214.

del singolo», dalla «duplicazione della realtà dell'azione» in «azione viva e inerente al soggetto» e in azione riflessa, «esemplata ed espressa nella legge». Azione e forma dell'azione stanno l'una rispetto all'altra in un rapporto di reciproca conversione: per «forma» Frosini non intende un involucro inerte, scisso dal proprio contenuto, dalla propria materia, e perciò atto ad accogliere qualsiasi contenuto, qualsiasi materia. Per «forma» Frosini intende «forma interna all'azione», «struttura che assicura la salvezza e la certezza dell'azione, riscattandola dalla sua vitalità effimera, per conferirle una sua stabilità e sopravvivenza, una sua sacralità, mercé un processo di alienazione dalla volontà psicologica dell'agente». La legge è «forma esemplata», «paradigma dell'azione». Frosini ricorda che la parola «diritto» deriva dal latino *directum* e indica la funzione delle forme giuridiche dell'azione: esse sono direttive del comportamento⁵.

Scrive Frosini:

«La definizione del diritto come morfologia della prassi, cioè come complesso delle strutture in cui si attua l'alienazione dell'azione dalla volontà dall'agente (che è l'uomo reale, l'individuo *omnimode* determinato), è indicativa di tutta una nuova problematica dell'esperienza giuridica, sollecitata da una nuova impostazione metodologica dell'indagine, che è a sua volta dovuta ad un mutato orientamento della riflessione; giacché considerare il diritto come un complesso di strutture dell'azione, ognuna delle quali viene così a costituire un rapporto dinamico fra diversi elementi, una successione coerente fra diverse fasi di sviluppo, significa altresì attribuire al diritto stesso un carattere di esperienza comune, fondamentale e complessa dell'uomo, in quanto vivente in comunità civile; e così riconoscere al comportamento giuridico un carattere di naturalità nel mondo degli uomini»⁶.

Ne *La struttura del diritto* ricorre costantemente il riferimento a Kelsen e al nodo problematico rappresentato dalla «*reine Rechtslehre*». Sostiene Frosini che «non si può oggi scrivere di filosofia del diritto, senza prima aver fatto i conti con la problematica di pensiero kelseniana». Paragonando la dottrina pura al riduzionismo di Spinoza, il giurista siciliano la descrive come una «concezione rigorosa, consequenzialista, estremista fino al paradosso, di un certo ordine di soluzione di problemi speculativi tradizionali». Frosini intende precisare l'insegnamento che si può ricavare, «sia pure *a contrario*», dalla «fondamentale lezione di Kelsen»: essa è una *ethica more geometrico demonstrata*⁷.

Giuseppe Capograssi, in un saggio del 1952 dal titolo *Impressioni su Kelsen tradotto*, aveva definito la teoria pura del diritto una «dottrina spettrale».

⁵ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 5-7, 12.

⁶ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁷ *Ibidem*, p. 63; si veda anche p. 12.

Capograssi pensava che essa celasse, dietro all'apparente veste formale, il suo autentico contenuto: la forza che pretende di trasformare, ammantandola dei crismi della legalità formale, «l'injuria in jus» e di imporsi così sopra un'umanità considerata plasmabile *ad libitum*. Dinnanzi alla forza e alla riduzione del diritto a ordinamento coercitivo, parole quali *jus* e *injuria*, «che gli uomini hanno inventato e usano ogni giorno», perdono di significato⁸. A Capograssi la dottrina kelseniana ricordava «la visione di quegli spettri di città e paesi, che i bombardamenti avevano demolito in modo che erano rimasti in piedi muri e travi». Così il diritto nel tempo della catastrofe: simile a «quel tragico scheletro di case nude e vuote», che, «terribili sotto la luna, davano l'immagine del paese come ci fosse ancora e non c'è più»⁹. Così la dottrina triste di Kelsen: essa dà l'immagine del diritto come se ci fosse ancora, e non c'è più. Nel 1950, Capograssi aveva scritto che «il tremendo» della crisi consisteva in «una falsa idea di umanità», capace di scacciare «dall'animo umano la persuasione che tutti gli uomini sono uomini». Il diritto come forza, svuotato dalla catastrofe come dalla catastrofe sono stati sventrati città e paesi, finisce per annientare l'individuo, considerato come massa, materia da conformare agli scopi del gruppo dominante e, se recalcitrante, da sopprimere¹⁰.

Il giurista non può coltivare «sogni di riposo», né trovare rifugio in una dottrina, quella kelseniana, in cui «le cose vanno tanto bene, che è troppo!» («Se uno potesse accettare!»). Capograssi esortava i giuristi a «stare dentro l'esperienza umana», a calarvisi dentro per dentro rimanervi, «riconoscendo lealmente tutto quello essa contiene e tutto quello per cui essa vive e svolge in vita storica»¹¹. Così scrive Frosini nel 1961:

«Si è potuto perciò definire il diritto (ma si tratta, beninteso, di un'etichetta, indicativa di un complesso di esperienze e di operazioni mentali, e non già di una formula chimica di pensiero), come la morfologia della prassi, per accentuare la differenza dalla concezione formalistica, dominante nella prima metà del ventesimo secolo, e per sottolineare il carattere naturalistico che si attribuisce all'esperienza giuridica, a differenza del carattere distintivo intellettualistico, che è proprio del formalismo nella varietà dei suoi aspetti»¹².

⁸ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 1952, pp. 767-810, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, a cura di M. D'ADDIO - E. VIDAL, Milano 1959, V, pp. 311-356, in particolare p. 333, e da cui si cita d'ora in avanti.

⁹ *Ibidem*, p. 347.

¹⁰ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in «Jus», 2, 1950, pp. 177-207, ora in *Opere*, cit., V, pp. 151-208, in particolare pp. 155-158.

¹¹ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, cit., pp. 314, 319, 341, 351.

¹² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 14.

Il formalismo kelseniano non lascia fuori dalla porta solo la giustizia: l'ostracismo è rivolto contro «l'uomo reale»¹³. Dalla «*reine Rechtslehre*» «è stato rigorosamente escluso il soggetto, l'agente, l'uomo stesso; la costruzione si regge come un edificio di norme sospeso in aria, che sta librato sulla realtà materiale o storica, costituita dall'umanità dei singoli soggetti». Al soggetto è impedito di partecipare alla vita del diritto, «l'uomo reale» è un invitato non gradito e al pari della giustizia rimane sulla soglia, a bussare invano. La dottrina normativista di Kelsen si sviluppa, secondo Frosini, a suggello del «moto di pensiero europeo che si iniziò con Hobbes e con Spinoza»¹⁴.

Con un'espressione che rimanda agli scritti di Capograssi, Frosini afferma che «la ricostruzione del mondo del diritto dopo la catastrofe ha imposto una più viva e sentita esigenza di realtà e di adeguazione storica». Egli cita «l'ultimo libro di Santi Romano»: i *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947). In quelle pagine la parola «struttura» ricorre di continuo.

Frosini ha in mente la *Gestalt* degli scritti di morfologia di Goethe, ma arricchita dalla lezione giuridica di Romano e dalla riflessione sull'azione di Capograssi: il pensiero dei due giuristi è stato la «grande alternativa», in Italia, alla dottrina kelseniana. L'idea di struttura implica una critica non solo al kelsenismo, che aveva ridotto il diritto a norma, ma anche alla marxiana riduzione del diritto a sovrastruttura:

«Il concetto di struttura rappresenta un prezioso strumento di orientazione e di interpretazione; esso si contrappone a quello di «forma», intesa come esterna all'azione, vuota di contenuto, identificata nella parola della norma; esso elimina altresì, alla sua stessa radice, l'artificiosa interpretazione del diritto come sovrastruttura imposta sulla *praxis* umana, perché il diritto è azione, che assume naturalmente la sua strutturalità»¹⁵.

L'indirizzo morfologico consente inoltre di superare la dicotomia tra scienze morali e scienze naturali. Frosini ritiene che entrambe sono chiamate «scienze» perché hanno qualcosa in comune¹⁶. L'idea di struttura è

¹³ Sull'idea di giustizia si veda D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, in particolare pp. 9-21. L'immagine della giustizia come invitato non gradito si trova in M.G. LOSANO, *Premessa*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Milano 2000³, p. XII.

¹⁴ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 11-12, 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶ *Ibidem*, p. 17. L'affermazione, se letta in controluce, rivela una presa di distanza dal kelsenismo: il primo Kelsen aveva insistito sulla irriducibile dicotomia tra legge naturale e legge giuridica, inviolabile e governata dal principio di causalità la prima, fondata sul *sollen* e consistente in una proposizione normativa la seconda. Kelsen, sotto la suggestione

allora «uno strumento di osservazione della realtà giuridica, comune al mondo degli studi naturalistici»: essa segna «non già un confine divisorio, ma un termine di collegamento con quegli studi»¹⁷. Frosini precisa che la definizione di diritto come morfologia dell'azione non è da dizionario: non è «nominalistica», ma nemmeno «reale». Essa non è una definizione «da carta inchiostrata», ma non si riferisce nemmeno a un dato contenuto del diritto, così come fissato in una norma. Non si tratta di una definizione «verbalistica», perché «essa è invece naturalistica, muove cioè dalla constatazione d'una rispondenza isomorfica tra l'esperienza vissuta e la coscienza, o esperienza riflessa, che è essa stessa parte della vita dell'esperienza, che comprende l'esperienza proprio perché in essa l'esperienza viene compresa e illuminata dal di dentro». *Omnis definitio in iure periculosa*: alla domanda «che cos'è il diritto?», che dà adito a definizioni di inchiostro, Frosini propone di sostituire il più concreto interrogativo: «perché un'azione è giuridica?». Non senza ironia egli sostiene che «come non esiste, infatti, se non nel suono della parola, una filosofia che non sia di qualche cosa (dell'arte, del diritto, ecc.), cioè riflessione sull'esperienza, così non esiste un diritto che non sia riferito a qualche azione, o complesso di azioni»¹⁸.

Il diritto è un «fatto sociale», un «linguaggio di fatti»¹⁹. Come il pensiero si incarna nella parola, così l'azione prende corpo e acquista consistenza nella forma. Come il linguaggio consente la trasmissione dei pensieri, dei sentimenti, delle intenzioni, così le forme assicurano la persistenza dell'azione, la sua sopravvivenza a sé stessa. Frosini ricorda che non esiste un linguaggio assolutamente 'individuale': un linguaggio è fatto sociale e parimenti il diritto è esperienza comune. Frosini afferma provocatoriamente

della fisica quantistica, abbandonò in seguito quella distinzione. Accogliendo le critiche al principio di causalità a vantaggio del criterio probabilistico, egli affermò successivamente che la legge naturale non è inviolabile. Questa sfumatura è stata scambiata per una svolta nell'itinerario giusfilosofico di Kelsen, ma a uno sguardo attento non sfugge che la dottrina pura cambia solo la base su cui fa perno. Kelsen abbandonò la categoria kantiana della causalità per dimostrare l'infondatezza della legge di natura, solo apparentemente legge, in quanto probabile. Egli tenne conto delle allora recenti acquisizioni della fisica quantistica, ma non mutò la sua teoria. Lucidissime le pagine scritte in proposito da A.S. DE BUSTAMANTE Y MONTORO, *Kelsenism*, in P. SAYRE (ed), *Interpretations of Modern Legal Philosophy. Essays in Honor of Roscoe Pound*, con introduzione di P. SAYRE, New York 1947, pp. 43-51.

¹⁷ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 18.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 36-37.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

che «il diritto è un verbo»: è il verbo «agire», *agere*, che da transitivo si fa riflessivo. «Un verbo – scrive il giurista – viene coniugato regolarmente o meno, anche senza volontà cosciente di sottomissione alle regole della morfologia linguistica»²⁰.

Al Kelsen che aveva ridotto l'ordinamento giuridico a sistema di regole coercitive e definito il diritto come «una specifica tecnica sociale», Frosini obietta «l'antica e inconcussa verità» per cui «la logica pratica, il processo dell'azione, precede e regola e costringe la logica verbale». Perfino nella compendiosa formula del diritto come *norma agendi*, «il significato dell'attività e della vitalità» resta intrinseco al verbo dell'agire:

«Ciò che rende giuridico quell'agire, che gli dà il suo contorno netto, che lo manifesta nella sua profonda natura, non è altro che il momento del suo prendere forma; nel suo farsi cioè da semplice informe istintivo agire nella sua immediatezza e vitalità, un'azione riflessa, capace di essere regola dello stesso agire, o *norma sui*. Se fosse lecita l'ardita metafora linguistica, diremmo che l'agire si fa giuridico diventando da verbo transitivo, verbo riflessivo: è l'agire che diventa, per il soggetto di diritto, un essere agito nelle forme della legge»²¹.

L'agente *hic et nunc* è sempre l'«uomo reale»²². La concezione morfologica del giuridico non ha niente di 'impersonale': l'agente sta dietro l'azione, la vita scorre nelle forme in cui si struttura. La forma non è 'disumanizzata', pura in senso kantiano: essa è piuttosto il condensato stesso della prassi. La volontà anima l'azione umana e quindi anche il diritto, ma ciò che al giurista importa è «la modificazione della realtà ad opera dell'uomo», «l'azione in senso pregnante»²³. Essa comporta sempre un fatto e il fatto è il «punto di partenza dell'indagine scientifica» in giurisprudenza. Come ricordava Orazio Condorelli – che fu relatore della tesi di laurea del giovane Frosini – *ex facto oritur jus*²⁴.

Il diritto non si rifugia nella piramide kelseniana, che è una roccaforte illusoria per quei giuristi alacremenente impegnati a non far penetrare fermenti di vita nel discorso giuridico. Frosini non si accontenta del culto delle *Normen*: il diritto non è mera astrazione teorica. E non è neppure «mera praticità». *Verum et factum convertuntur*: il diritto è dialettica, con-

²⁰ *Ibidem*, pp. 14, 29, 31.

²¹ *Ibidem*, pp. 28-29. Si veda inoltre H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1952, pp. 3, 15.

²² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 29-31.

²³ *Ibidem*, p. 20.

²⁴ O. CONDORELLI, *Ex facto oritur jus*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 11, 1931, pp. 585-603.

versione tra teoria e prassi, mediazione tra il vero e il fatto, forma che racchiude e custodisce l'esperienza giuridica. Il diritto è azione che si è data una struttura e «che ha cioè ricevuto una definizione pratica: un comportamento è giuridico o meno (doveroso o facoltativo), in quanto esso è conforme a una forma originaria (in senso ideale e non cronologico), a una struttura». L'azione è giuridica «perché in essa si riflette una *forma agendi*, perché essa è modellata, configurata, profilata *ab intra* da quella azione esemplare, paradigmatica, prototipica, che è definita, regolata e sancita dal diritto ... Il diritto, per sua natura, si origina e si presenta al contempo come azione e come forma dell'azione, esso è cioè da considerarsi del pari un elemento pratico e/o teoretico dell'esperienza, per la stessa implicazione, che in esso si verifica, della forma nell'azione»²⁵. Il diritto «coglie e affissa l'azione nel momento in cui si arresta e si compone in se stessa», manifestandosi nelle sue «linee di forza strutturale»: in questo senso il diritto è morfologia dell'azione, complesso di forme attribuite all'azione e accertabili nel corso dell'azione stessa. Nelle pagine di Frosini si può avvertire l'eco di Capograssi, ma anche di Salvatore Satta (grazie al quale il giovane Frosini incontrò Capograssi)²⁶. L'idea di diritto come morfologia dell'azione scardina le porte dell'edificio kelseniano e ne compromette la pretesa purezza, reintegrando l'esperienza morale, da Kelsen espunta, nel discorso giuridico. Scriveva Capograssi che l'unica legge etica, seguendo le «necessità dello sforzo contro il male», «si suddivide nella legge giuridica e nella legge morale: poiché la minaccia del male è contro l'azione e l'agente, l'imperativo giuridico prescrive di salvare l'azione e l'imperativo morale prescrive di salvare l'agente»²⁷. Vittorio Frosini scrive, a proposito del pensiero di Capograssi, di «ambiguità» dell'esperienza etica: poiché nella complessità della sua struttura «convivono l'esperienza giuridica e l'esperienza morale». Capograssi aveva scritto che «doppio è l'imperativo, ma unica è la verità e unica è l'esperienza». E Frosini glossa la pagina capograssiana come segue:

«Questa ambiguità dell'esperienza etica, che è il nucleo germinale dell'esperienza comune dell'umanità, è stata da Capograssi colta e definita, con intuizione geniale, nel rapporto

²⁵ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 30.

²⁶ Mi riferisco soprattutto a G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, Torino 1953, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, cit., III, pp. 1-171 e a S. SATTA, *Il mistero del processo*, in F. MAZZARELLA (ed.), *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Nuoro 2004², pp. 39-50. Si veda inoltre V. FROSINI, *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, a cura di F. RICCOBONO, Torino 2001, pp. 199-201.

²⁷ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma 1930, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, cit., III, p. 112.

intrinseco esistente fra l'agente e l'azione, in cui l'ambiguità è davvero costitutiva e ineliminabile, giacché ognuno dei due termini si riporta all'altro, ognuno di essi esce e rientra continuamente, ognuno di entrambi è se stesso e l'altro: l'agente si realizza solo nell'azione, ma l'azione si rivela solo nell'agente. Capograssi ha dato così espressione definitiva alla *vexata quaestio* della distinzione fra diritto e morale»²⁸.

Esperienza etica, azione, prassi, fatto: sono parole indigeste al giurista puro, che considera il diritto un insieme di norme incise nei libri della legge.

Se per il formalismo giuridico kelseniano il diritto è norma e l'idea di giustizia è bandita, perché ritenuta «un ideale irrazionale», se il maestro di Vienna aveva ridotto *ad unum* il discorso sul diritto, Frosini recupera la polifonia del giuridico: l'indirizzo morfologico indaga un territorio, che non è composto esclusivamente da proposizioni normative. Esso è un ordinamento, un «tessuto pratico», in cui convivono la prassi, l'azione nella sua «socialità», la morale, l'interpretazione e – soprattutto nell'ultimo Frosini – la giustizia naturale.

II.

Frosini non svolge la sua critica solo verso il formalismo kelseniano, ma anche verso la crociana riduzione del diritto all'economia e verso l'attualismo gentiliano²⁹. La dottrina, non triste, ma tristissima di Giovanni Gentile era fondata sull'unità sostanziale tra società e Stato, escludendo la possibilità di leggi ingiuste. Società e Stato sono *in interiore hominis*, e, pretendendo di convergere nel soggetto e di invaderne la coscienza, non possono dare adito «né a dialettica, né a opposizione». Per Gentile una legge positiva ingiusta è un ossimoro: una legge è sempre giusta *a priori*, in quanto legge dello Stato, che si vorrebbe a presidio della vita interiore dell'uomo³⁰.

Anche Benedetto Croce, della cui lezione storicista Frosini è debitore, era giunto a negare verità e valore del diritto³¹. In uno scritto del 1907

²⁸ V. FROSINI, *Capograssi e l'ambiguità dell'esperienza etica*, in P. PIOVANI (ed), *La filosofia dell'esperienza comune di G. Capograssi*, Napoli 1976, pp. 273-286, ora in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit., pp. 129-143, qui p. 137.

²⁹ Si veda V. FROSINI, *Diritto e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, in «Jus», 8, 1957, pp. 462-470, ora in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit., pp. 91-106, in particolare pp. 94-95.

³⁰ Si veda G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Pisa 1916, p. 71.

³¹ V. FROSINI, *Diritto, scienza, filosofia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 33, 1956, pp. 143-150, in particolare p. 145. Si vedano inoltre V. FROSINI, *La libertà umana*

il pensatore napoletano aveva ridotto il diritto a sovrastruttura dell'economia (per non parlare del diritto naturale e delle alcinesche seduzioni della dea Giustizia, che Croce riteneva sovrastrutture di sovrastrutture). Croce ha considerato il diritto «menzogna», che «nasconde e difende l'interesse particolare dei detentori del potere economico e politico»³². Alle negazioni della verità del diritto Frosini, interprete di Vico, oppone la «testimonianza del senso comune», che «riconosce e riafferma, nell'esperienza giuridica, con evidente naturalezza, una condizione di vita, da cui non si può prescindere né evadere, percorrendo i sentieri senza termine dell'astrazione»³³. Le radici del giuridico affondano nel profondo di una società, nei suoi costumi, nei valori che la sorreggono³⁴. Come ha scritto Vincenzo Piano Mortari, nel pensiero di Frosini «l'ordinamento positivo giustamente viene concepito non solo come diritto oggettivo ma come un *quid* pur sostenuto dall'*ethos*, da quella che si chiama civiltà giuridica»³⁵.

Nel pensiero giuridico di Vittorio Frosini è costante il riferimento a Santi Romano e alla coesistenzialità, da lui sostenuta, tra diritto e società. Secondo Frosini il diritto rispecchia fedelmente e fedelmente accompagna l'evo-

e il valore del diritto, in «Rivista di diritto civile», 5, 1959, pp. 455-458; R. CUBEDDU, *Intervista a Vittorio Frosini*, in A. JELLAMO - F. RICCOBONO (edd), *In ricordo di Vittorio Frosini*, Milano 2004, pp. 179-197.

³² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 41. Si veda in proposito B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, a cura di M. TARANTINO, Napoli 1996, pp. 315-398. Nella terza parte del libro è rifiuta l'opera di B. CROCE, *Riduzione della Filosofia del diritto alla Filosofia dell'economia*, Napoli 1907. In quelle pagine Croce critica inoltre il diritto naturale, considerandolo diritto così come «il re di coppe è re» (p. 327). Si confronti però con V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, Milano 1978, pp. 1-32, in particolare p. 11: Frosini scrive della «lezione di civiltà» data da Croce e riconduce «la filosofia del diritto del Croce ... nel contesto della vita etica, politica e giuridica dell'Italia nella prima metà del Novecento». Lo storicismo crociano è fondamentale nella riflessione giuridica di Vittorio Frosini.

³³ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 43. Si veda, dello stesso autore, *Senso comune e scienza giuridica*, cit., p. 581. Per Frosini il formalismo «si sublima ... in una sorta di ascetismo scientifico».

³⁴ «Radicalità del diritto» è l'espressione adoperata da P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma - Bari 2007, pp. 6-7: «Noi non dimenticheremo mai che il diritto non appartiene alla sola superficie della società, ma che è al contrario, come più sopra si accennava, realtà radicale, cioè connessa alle radici profonde di quella; non dimenticheremo mai che, prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, esprime cioè un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e - ordinandola - la salva».

³⁵ V. PIANO MORTARI, *Diritto e cultura*, in «Il Mondo», 25 dicembre 1962, p. 13.

luzione del tessuto sociale e rappresenta «il momento della *duplicazione* della coscienza in individuale e sociale, il momento del distacco e della insorgente tensione fra il sé stesso e gli altri»³⁶. La prassi acquista la sua forma, la parola viene incisa sul bronzo: l'azione diventa «socialmente riconoscibile e comunicabile». «Ma essa, in tal modo, piuttosto che una conseguenza, appare una condizione della vita sociale: *ubi jus, ibi societas*». Pur tenendo ferma la coesistenzialità tra diritto e società, Frosini ritiene preferibile alla versione '*ubi societas, ibi jus*' l'inverso: '*ubi jus, ibi societas*'³⁷. Per Frosini la distinzione corrisponde a un'evoluzione del pensiero di Romano, trascurata dalla critica. Per Romano il diritto è la realtà dell'azione umana come azione socialmente regolata, istituzionalizzata, obbiettivata. Non è un caso – come Frosini osserva – che, mentre ne *L'ordinamento giuridico* Romano poneva l'accento sull'*ubi societas, ibi jus*, nei *Frammenti di un dizionario giuridico* l'autore insisteva piuttosto sull'*ubi jus, ibi societas*. Negli scritti dell'ultimo Romano si privilegia il termine «struttura» al termine istituzione: il diritto è inteso come «forza organizzativa della società, ed è pertanto nelle forme concrete della vita giuridica che noi possiamo riconoscere le articolazioni della società»³⁸. Così Frosini:

«A chiarimento di questo rapporto, varrà l'analogia con quello che intercorre tra il linguaggio e il pensiero: non è infatti che il linguaggio esprima la facoltà di pensare, bensì invece il pensiero non sarebbe possibile senza un linguaggio in cui esso si esprima; così del pari il diritto è espressione concreta di un'astratta sociabilità»³⁹.

Frosini è debitore del pensiero romaniano, ma giunge a difendere il 'diritto di Robinson'⁴⁰: per il giurista catanese la solitudine dell'individuo, il suo isolamento dagli altri non significano una negazione del diritto. Non è vero, come asseriva il Romano, che l'unico elemento davvero antitetico alla dimensione giuridica è l'individualità. Per Frosini esiste un 'diritto del solitario', che vive in una privatissima dimensione insulare e che tuttavia non rinuncia alla sua umanità. Parafrasando Romano: per Frosini dove

³⁶ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 24.

³⁷ *Ibidem*, pp. 24, 73-76. Si vedano in proposito V. FROSINI, *Istituzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino 1963, pp. 266-269, e, dello stesso autore, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, in V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano 1981, pp. 30-33.

³⁸ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 75.

³⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁰ V. FROSINI, *L'ipotesi robinsoniana*, in «Annali dell'Università di Catania», 6-7, 1951-1953, pp. 168-180, ora in V. FROSINI (ed), *Jus solitudinis*, Milano 1993, pp. 77-92, e, dello stesso autore, *Il vangelo di Robinson*, in «Il Mondo», 12, 18 ottobre 1960, 42, pp. 9-10.

c'è l'uomo, può esserci diritto⁴¹. Anche su un'isola deserta. La critica a Romano è legata all'interesse di Frosini per il *jus solitudinis* e costituisce un'aporia nel pensiero frosiniano: non si era forse affermato il legame indissolubile tra diritto e società?

Il dialogo ideale tra Vittorio Frosini e Santi Romano investe inoltre la «questioncella» delle società illecite. Per Frosini non vi è diritto, nel senso che non vi è ordinamento giuridico, dove vi è una società illecita⁴². Frosini paragona l'arditezza del Romano nell'elaborare il noto «paradosso vitale» delle società illecite agli eccessi del Kelsen nel «portare alle estreme conseguenze» la teoria normativista⁴³. Il passaggio del pensiero frosiniano è delicato e si snoda tra il pluralismo ordinamentale di Romano e l'anima filosofica che in esso vi insuffla il Capograssi, fino a incrociare l'itinerario speculativo di Antonio Pigliaru⁴⁴. Il «paradosso» cui il Romano ricorreva per scardinare le porte del formalismo è tale solo in apparenza. Giuseppe Capograssi, in uno scritto del 1936, si soffermava sulla pagina del Romano e scriveva della «questioncella apparentemente limitata della società di ladroni come ordinamento», dietro la quale si cela però «tutto il problema del male» che «non può immedesimarsi col concreto»⁴⁵.

«Il male consiste proprio in questo, che non è portato fino in fondo di sé stesso quel riconoscimento della esigenza insita nella sua azione. Non si riconosce nella sua universalità e si contraddice il principio a cui è legata nel concreto la pace con gli altri: si pone un'esperienza che è universale e la si tratta come particolare. Si pone e si nega. Si pone un principio che implica l'unitario ordinamento dell'esperienza, e viceversa l'attività di

⁴¹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 25.

⁴² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1967², p. 122. In quella pagina Romano afferma la giuridicità delle società illecite. Così anche B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., p. 325.

⁴³ V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 60, 1983, pp. 199-210, ora in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit., pp. 45-56, in particolare pp. 46-47.

⁴⁴ Antonio Pigliaru fu legato da rapporti di stretta amicizia con Vittorio Frosini. Si ricordi che l'opera di A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano 1959, come l'autore afferma nella prefazione, fu scritta su suggerimento di Giuseppe Capograssi. Al libro di Pigliaru Frosini dedicò una significativa recensione: V. FROSINI, *Un codice per la vendetta*, in «Corriere della sera», 17 gennaio 1971, p. 13. Si veda in proposito P. CARTA, *Dottrina dello Stato e pensiero politico nell'opera di Antonio Pigliaru*, in F. SCIACCA (ed), *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, I: F. BIONDI NALIS (ed), *Sovranità, democrazia, costituzionalismo*, Milano 2008, pp. 269-279.

⁴⁵ G. CAPOGRASSI, *Note sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, cit., IV, pp. 202-203.

colui che pone tale principio è volta proprio a negare l'esperienza come ordinamento, a negare per la totale esperienza quel principio che è posto come valido per la propria esperienza»⁴⁶.

Si pone e si nega: la società criminale è negazione del principio stesso che dà vita all'ordinamento nel suo intero. La società illecita afferma il principio che regge l'azione e che dà vita all'ordinamento, ma solo entro i confini della società stessa. Oltre i suoi confini il principio è negato: esso non è riconosciuto per gli altri ordinamenti. La contraddizione all'interno della società illecita tra ciò che si afferma e ciò che al contempo si nega sfocia nell'irriducibile contrasto con il «totale ordinamento giuridico dell'esperienza»⁴⁷. Le società illecite, ancor prima di essere avversate dallo Stato, negano esse stesse la propria dignità di ordinamento: la negazione è insita in loro. Sono le società illecite a negare sé medesime. L'itinerario speculativo di Frosini si sofferma sovente sulla «questioncella» delle società criminali: esse sono definite come «società pseudogiuridiche», poiché esse «imitano per necessità di sopravvivenza le strutture autenticamente giuridiche di un ordinamento, senza partecipare al suo processo di strutturazione». La società illecita – la mafia – è come un «tumore proliferante all'interno di un organismo, di cui riproduce il sistema di organizzazione cellulare», come una moneta falsa che per circolare deve sfruttare le strutture usate dalla moneta vera, deve imitare la moneta vera, rimanendo però sempre, fatalmente, falsa⁴⁸.

III.

Frosini sostiene che il diritto è un «tessuto pratico complessivo», *ordo*, ordinamento⁴⁹. Egli imputa a Kelsen di aver ridotto il giuridico a «un marchio di fabbrica». La critica è rivolta al «principio di esclusività», contro cui si era levata la voce del Romano fin da *L'ordinamento giuridico*⁵⁰.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 203.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 204.

⁴⁸ V. FROSINI - F. RENDA - L. SCIASCIA, *La mafia. Quattro studi*, Bologna 1970, pp. 1-32. Frosini considera il fenomeno mafioso nel suo significato «operativo», «obiettivamente rilevabile» (p. 29). La mafia è ed è sempre stata una «pseudo-struttura parassitaria della vita economica e politica della società siciliana» (p. 30). Si veda inoltre V. FROSINI, *L'attualità di Santi Romano*, in V. FROSINI, *La coscienza giuridica*, cit., p. 120.

⁴⁹ V. FROSINI, *Ordinamento giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, pp. 639-654.

⁵⁰ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 81-85.

L'ordinamento giuridico per Kelsen è lo Stato. Come scriveva Capograssi, l'equazione tra diritto e Stato significa «gruppi di uomini che cercano di piegare ai loro disegni altri uomini», «injuria» che, grazie alla forza e alla forza soltanto, pretende di convertirsi in «jus»⁵¹. Scrive Frosini:

«Il nuovo Leviatano, la concezione veramente totalitaria del diritto, secondo la quale il diritto privato, il diritto soggettivo, e i diritti sociali delle associazioni extra statuali, venivano risolti senza residuo alcuno nell'ordinamento giuridico, che fa tutt'uno con lo Stato, sarebbe stato opera d'uno studioso straniero. Provvisto d'un intelletto consequenziale, egli avrebbe fornito, proprio lui, nobile spirito alfiere dei valori della democrazia, rappresentante d'una gente da secoli umiliata ed offesa e destinata a subire negli anni appresso la più spaventosa delle persecuzioni, avrebbe fornito gli strumenti concettuali 'per espropriare giuridicamente l'individuo della sua coscienza' (questa incisiva, terribile frase non è mia, è di Capograssi). Ed intendo riferirmi, come ognuno avrà compreso, ad Hans Kelsen».

E ancora:

«Kelsen è la coscienza giuridica della nuova età del collettivismo, in cui la dialettica fra l'individuo e la comunità, fra la Chiesa e lo Stato, fra il diritto naturale e il diritto positivo, che ha agitato per secoli lo spirito europeo, minaccia di dissolversi, perché quella tensione esistente fra i due termini si è come scaricata della sua energia morale. Si può dire compendiosamente che Capograssi rappresenta l'antitesi di Kelsen; non già beninteso, per contrapposizione meccanica, per rovesciamento di prospettive, ma per nuovo impeto creativo»⁵².

Nella catastrofe resta vittima la «dialettica»: il kelsenismo riduce ogni tensione nella monocorde dimensione della Parola della Legge, fonte esclusiva del diritto⁵³. Non è senza significato l'attenzione che Frosini rivolge al problema dell'interpretazione giuridica e che accompagna, sin dagli anni Sessanta, la critica al positivismo giuridico. Il problema delle fonti, così come formalisticamente risolto nell'articolo 12 delle Preleggi,

⁵¹ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, cit., p. 333.

⁵² V. FROSINI, *Diritto e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit., p. 96.

⁵³ Il riduzionismo è una costante nel pensiero di Kelsen fin dalle origini: Frosini è il primo in Italia a prestare attenzione e a comprendere, storicizzandola, il senso dell'opera giovanile di Kelsen sul pensiero politico di Dante. La prima monografia del giovanissimo Kelsen contiene una critica al Dante *Staatslehrer*, reo di non aver condotto fino in fondo la *reductio ad unum* del potere spirituale in quello temporale. Si veda H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien - Leipzig 1905, trad. it. *La teoria dello Stato in Dante*, Bologna 1974. L'*Introduzione* alla versione italiana dell'opera del Kelsen è stata scritta da Vittorio Frosini (pp. IX-XXIX). Per Frosini Kelsen dimostra di «cercare in Dante un'immagine rispecchiata di sé» (V. FROSINI, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in «Il Veltro», 21, 1977, 5-6, pp. 761-768). Si veda in proposito M. CAU, *Kelsen et la théorie de l'État chez Dante*, in «Laboratoire italien», 5, 2001, pp. 125-150.

è una «pietra d'inciampo per la considerazione dell'esperienza giuridica», perché in esso è tenuto fermo «l'equivoco che la giuridicità dovesse ritenersi come un'etichetta»⁵⁴. Frosini è convinto che la giuridicità non sia riducibile *ad unum* e che come esistono leggi scritte, così esistono anche leggi non scritte, in una dialettica «perenne e vitale»⁵⁵.

Per Frosini la prassi indica due suoi processi formativi, che obbligano l'azione a cercare «una misura in se stessa». Seguendo il primo dei due processi, l'azione obbedisce al principio di una «logica chiusa», che Frosini chiama «della legalità»: il giudice applica la legge e l'azione trova, nella formulazione legislativa a essa precostituita, la sua verità. L'azione rinvia così alla legge scritta «per connessione strutturale». Nel secondo processo formativo, l'azione giuridica risponde alla sollecitazione di una «logica aperta, in cui si innesta una vitalità che non ha ancora trovato espressione (il fatto, il costume, il processo economico)», che non ha ancora trovato una forma. Alla «logica aperta» l'azione rinvia «per connessione funzionale». I due processi formativi «non sono due ordini di realtà giuridica, indipendenti l'uno dall'altro, bensì due aspetti della sua formazione». Si tratta di «due vie distinte», che l'azione percorre per giungere alla sua «obbiettivazione giuridica»,

«in quanto essa è legge (forma agendi) che si fa azione, cioè azione racchiusa nel suo principio, che si esplica via via sottomettendo l'azione transitiva dei soggetti, ovvero è azione che si fa legge, ricorre alla «formula di salvezza» del jus per convertirsi da azione occasionale, puntuale, dispersa, (e perciò sempre effimera) in forma dell'azione, inserendosi nella struttura d'una vita della prassi, qual è l'ordinamento giuridico»⁵⁶.

Sebbene la realtà del diritto sia «unitaria», due sono i processi morfogenetici ed «è proprio il giurista che mette in evidenza ora la forma che preme sull'azione, ora l'azione che tende alla forma»⁵⁷. La norma di legge è sempre e solo un termine di mediazione, un punto di passaggio,

⁵⁴ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 64-65, 79-81. Così recita l'art. 12 delle Preleggi, premesse al Codice civile, o disposizioni sulla legge in generale: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano così simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

⁵⁵ *Ibidem*, p. 82. Si confronti con V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano 1998³, pp. 98-103.

⁵⁶ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 84-85.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 86.

dell'esperienza giuridica. La legge non rappresenta un termine iniziale, ma un termine *per quem*. Non è un caso che Frosini richiami a proposito l'ironia di Emilio Betti verso gli interpreti del diritto che considerano la norma positiva come un termine assoluto, iniziale, *a quo* dell'esperienza giuridica. Essi si comportano come chi «considerasse un apparecchio radio ricevente come la 'fonte' dei suoni che per il suo tramite vengono percepiti: scambierebbe cioè il mezzo di selezione e di ricognizione dei suoni per la fonte di produzione». Scrive Frosini:

«Il compito dell'interprete è dunque sempre quello di ristabilire la continuità della vita dell'azione, di consentire la connessione con altre forme; e non già quello, che pure gli è stato erroneamente attribuito, di indagare al fine di ristabilire nella sua compiutezza astratta un sistema di logica giuridica, sopraesistente nella sua immobilità a quella concreta esigenza di slancio e di prosecuzione della prassi attraverso le forme giuridiche. L'interpretazione appare così essere un momento costitutivo e costante dell'esperienza giuridica, giacché esso consente il movimento delle giunture, la circolazione della volontà nell'ordinamento, in cui consiste la complessa struttura della prassi, quando l'azione si trova ad essere inceppata od impacciata; sicché essa è destinata ad accompagnare ed indirizzare lo sviluppo della prassi in nuove forme, promuovendo ed ampliando la coscienza giuridica, che la sostiene e la sospinge nel suo stesso movimento»⁵⁸.

Per Frosini non vi è «dissociazione» tra il giudice e il diritto obbiettivo. Quest'ultimo infatti non è una realtà massiccia e immota, ma una struttura complessiva del comportamento giuridico. L'interprete è dentro l'ordinamento. L'azione del giudice è essa stessa «azione obbiettivata»: essa «fa da tramite fra la struttura della norma legislativa (l'azione come fu obbiettivata e esemplata nella legge) e le nuove azioni che ne conseguiranno». Torna alla memoria una bella pagina del Romano, in cui si afferma che la norma è materia e non anima. Scrive Romano:

«Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico di cui la legge o, meglio, le leggi in esso coordinate e fuse, sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali. Se per ordinamento giuridico si intende un'istituzione, un ente sociale, un'organizzazione, un sistema non di sole norme e di altri elementi più o meno inerti, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano con un'attività che può svolgersi nei modi, nelle forme e con gli effetti più vari, si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualche cosa di vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole. Se di vita e di evoluzione si vuol parlare anche per quei suoi elementi che sono le norme giuridiche, non deve dimenticarsi che si tratta di una vita e di una evoluzione che reinvestono, le toccano e le animano, se e in quanto vi si manifestano la vita e l'evoluzione dell'istituzione: soltanto questa, nel suo insieme e non scissa nelle sue parti essenziali, ha una vitalità ed una idoneità ad evolversi»⁵⁹.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 85, 87-88.

⁵⁹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, pp. 123-124.

La parola «anima» ricorre negli scritti di Vittorio Frosini, che la sceglie anche per spiegare il pensiero di Capograssi. Non si tratta di un dettaglio: Kelsen infatti, in alcuni scritti, tradotti in italiano sotto il titolo *L'anima e il diritto*, aveva bollato l'idea di giustizia come «misticismo religioso», «mistero divino», «ideale irrazionale», «inaccessibile alla conoscenza razionale»⁶⁰.

Littera enim occidit, spiritus autem vivificat: sulla scorta dell'ultimo Romano, quello dei *Frammenti*, Frosini afferma che il giudice non è mai chiamato a interpretare la singola norma. Il giudice interpreta «l'insieme dell'ordinamento giuridico», che imprime a ogni singola norma, a ogni «segno destinato a perire», il proprio senso⁶¹. Perciò il giudice trascende, in definitiva, la norma di legge. Egli non è chiamato «a dire o a ripetere le leggi, ma a decidere, ossia a compiere un'azione, che ha la forma della sentenza, con cui egli provvede a rimettere in movimento l'azione, a ridarle vita, assicurandola nella sua forma ch'era minacciata, mercé un ricorso alle molteplici azioni-forme del processo». Il giudice svolge un'attività «di misurazione interna dell'azione con la sua forma». Egli deve cioè «trasportare quella forma nell'azione»⁶²: così Frosini spiega il primo processo morfogenetico. Egli avverte però che quel processo non è il solo. A esso si affianca «il procedimento inverso», fondato sulla logica aperta della prassi, che consente «la trasformazione dell'azione nella forma», procedendo alla «sua connessione funzionale (ossia libera, elastica, occasionale) con il complesso delle forme giuridiche». I due processi morfogenetici sono «la sistole e la diastole del cuore del diritto», perché «sono in continua correlazione tra loro». Il diritto è unione tra forma e azione, ma affinché l'unione si realizzi occorre «che il passaggio si operi dall'una all'altra in ambo i sensi»⁶³.

⁶⁰ H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. Carrino, Roma 1989, pp. 1-193, si vedano soprattutto pp. 93-135 sulle «metamorfosi dell'idea di giustizia» e più in particolare pp. 103, 132, 133. In quelle pagine è tradotto lo scritto di H. Kelsen, *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, in P. Sayre (ed), *Interpretations of Modern Legal Philosophy*, cit., in cui Kelsen, nel 1947, conferma che «justice is an irrational ideal», «inaccessible to the rational cognition» (p. 397), «divine mystery» (p. 417), «religious mysticism» (p. 418).

⁶¹ V. Frosini, *La struttura del diritto*, cit., p. 89; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 124-125.

⁶² V. Frosini, *La struttura del diritto*, cit., pp. 89-90.

⁶³ *Ibidem*, pp. 90-91.

IV.

La giurisdizione di equità è l'esempio per eccellenza del secondo processo morfogenetico⁶⁴. È necessaria una premessa: Frosini distingue l'etica in etica dell'obbligazione ed etica della situazione. La prima implica l'obbedienza ai precetti di un codice morale positivo, la seconda scaturisce invece direttamente dalla natura delle circostanze e richiede l'invenzione della legge morale. Etica dell'obbligazione ed etica della situazione si rispecchiano, rispettivamente, nel giudizio di legalità e nel giudizio di equità. Lo «scandalo» dell'equità è fondamentale nella riflessione del giurista siciliano: esso si può prendere come «punto di vista prospettico» per mettere a fuoco «tutta la problematica dominante della più recente dottrina del diritto»⁶⁵. Frosini cita le pagine dedicate da Aristotele all'equità nell'*Etica nicomachea* e nella *Retorica*, e ricorda che due sono i significati di equità prospettati da Aristotele. Da una parte l'equità è la giustizia del caso singolo in contrapposizione alla *regula juris*, dall'altra l'equità è un criterio interpretativo della norma giuridica⁶⁶. «In entrambi i casi si può dire che per Aristotele l'equità è il metodo di applicazione della legge non scritta». Si badi bene: «in entrambi i casi». La dottrina morfologica di Frosini affonda le radici in questo terreno: la legge per Kelsen è forma pura *a priori* e prescinde dal suo contenuto. A essa non si può opporre resistenza. Per la dottrina morfologica del diritto, invece, alla legge scritta si può opporre la legge non scritta, nelle sue due varianti: l'equità come «legge del caso singolo» e l'equità come criterio interpretativo. L'etica della situazione, nel giudizio di equità, investe il giudice della responsabilità del giudizio⁶⁷: la regola è cioè ancora tutta assorbita nel fatto concreto e al giudice spetta il compito di trovarla, di crearla immediatamente *ex*

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 91-97. Si vedano inoltre di V. FROSINI, *Equità*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano 1966, pp. 69-82; *La struttura del giudizio di equità*, in V. FROSINI, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano 1971, pp. 197-212; *L'equità nella teoria generale del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 1974, pp. 1-18, ora in V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, cit., pp. 69-91, da cui si cita d'ora in avanti; *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'età planetaria*, Milano 1986, pp. 17-27.

⁶⁵ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 197. Si confronti con V. FROSINI, *L'equità nella teoria generale del diritto*, cit., p. 69. Frosini cita F. CALASSO, *Equità. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano 1966, pp. 65-69, ristampato in F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 365-376.

⁶⁶ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 197. In questa prospettiva l'equità è il «pieno riconoscimento di una effettiva e giustificata disapplicazione della legge stessa».

⁶⁷ *Ibidem*.

*facto*⁶⁸. Il giudizio di equità secondo Frosini non è un giudizio etico, ma è un giudizio giuridico, tecnico, «seppure non riferito a una norma scritta di carattere generale»⁶⁹. È un giudizio sul caso singolo, in contrapposizione al caso seriale. Esso comporta l'impegno della «soggettività morale» di chi giudica. Il giudice, infatti, non può essere esentato dall'imbarazzo di decidere, riparandosi «dietro lo schermo della legge scritta». Come ricordava Satta a proposito del «mistero» del processo (in un passo che viene citato nel racconto di Leonardo Sciascia *Porte aperte*), la verità è che chi uccide non è la legge che prevede la pena di morte, ma il giudice che la applica⁷⁰. Il magistrato non è chiamato a eseguire meccanicamente il dettato legislativo e il processo – come Satta scriveva – «si pone con una sua totale autonomia di fronte alla legge e al comando»⁷¹.

L'equità, come l'interpretazione, fa parte dell'ordinamento giuridico, non costringibile nelle briglie del logicismo kelseniano. La «verità giuridica» dell'equità «non è dimostrabile mercé l'esercizio di un sillogismo pratico (l'applicazione della legge), ma le viene conferita dalla presenza stessa del giudice»⁷². Ricorrendo a una metafora linguistica, Frosini afferma che mentre il processo interpretativo delle leggi svolge un «discorso indiretto», l'equità (come la consuetudine, la rivoluzione, l'innovazione costituzionale) svolge invece un «discorso giuridico diretto». Mentre nel giudizio di legalità il giudice ricorre al sillogismo logico, nel giudizio di equità egli si avvale del sillogismo retorico o entimematico, vale a dire contratto, carente cioè della premessa maggiore, la norma, e fondato sulla diretta relazione tra la premessa minore e la conclusione, tra il fatto e la sentenza⁷³. Nel giudizio di equità l'azione è priva di una «struttura giuridica prefigurata». L'azione, nel giudizio equitativo, acquista la sua forma, si struttura, nella sentenza⁷⁴. Frosini osserva che nel giudizio di equità opera una logica «libera e aperta»:

⁶⁸ Orazio Condorelli si era occupato del problema dell'equità in un saggio del 1933. Si veda O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in «Annali del seminario giuridico dell'università di Catania», 1, 1933, pp. 245-299.

⁶⁹ V. FROSINI, *La struttura del giudizio di equità*, cit., p. 202. Si ricordino le parole di Capograssi: la morale salva l'agente, il diritto salva l'azione. Si veda, dello stesso autore, *L'uomo artificiale*, cit., p. 27.

⁷⁰ L. SCIASCIA, *Porte aperte*, Milano 2002¹⁰. Sciascia è un autore caro a Frosini. Il giurista siciliano dedica all'opera di Sciascia più di un contributo.

⁷¹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., p. 42.

⁷² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 94.

⁷³ V. FROSINI, *L'equità nella teoria generale del diritto*, cit., pp. 76-89.

⁷⁴ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 96.

«l'intuizione noetica (o conoscitiva) rompe lo schema dianoetico (o discorsivo) del sillogismo, in quanto il giudice procede a una connessione funzionale e immediata del fatto con la forma giuridica. Questa concezione è naturalmente incompatibile con il formalismo, il quale ritiene la forma giuridica come esistente per se stessa in figura di norma».

Per Frosini, invece, è da riconoscere che «le forme giuridiche non sono esterne, bensì interne all'azione»⁷⁵.

L'equità «è pur sempre, beninteso, un procedimento tecnico di produzione giuridica», giacché essa «non avrebbe senso proprio se non venisse posta in relazione con un ordinamento giuridico fondato su una legge certa, consistente in una ben definita morfologia del comportamento giuridico». Mentre nella legge scritta la materia giuridica è cristallizzata e palese, nell'equità essa è ancora amorfa, in cerca di una struttura. Lo «scandalo dell'equità» consente a Frosini di dimostrare «l'inutilità dei tentativi di distinguere il diritto dalla morale nel senso di disgiungere l'uno dall'altra», quasi che «un'azione per essere giuridica, sia priva di sentimento morale, perché eteronoma», e «per essere morale e autonoma, debba prescindere da ogni regolamentazione giuridica».

«A noi, come suggerisce il discorso tenuto nelle pagine precedenti, la natura del diritto appare intrinseca al mondo dell'azione (che è dominio dell'etica), ma in quanto forma riflessiva, non transitiva, dell'azione stessa; ossia, come condizione di conoscibilità e di comunicatività dell'azione, e non come suo elemento finalistico e valutativo in senso morale; perciò l'azione stessa, in quanto slancio di vita, ci pare il termine costante di riferimento del giudizio etico»⁷⁶.

L'azione giuridica può essere pertanto più o meno morale, «giacché essa, per essere agita, richiede comunque la presenza e l'impegno dell'agente». Ecco allora che il giudizio di equità è il giudizio in cui il giudice assume la «responsabilità personale del giudicare», senza che «il ricorso all'applicazione della legge possa esonerarlo dal contributo del suo convincimento soggettivo»⁷⁷. Il giudizio di equità rappresenta quindi un «esempio indicativo della possibile coincidenza del diritto con la morale, in quanto mette allo scoperto tutta l'etica professionale del giudice».

Considerazioni analoghe a quelle intorno allo «scandalo dell'equità» Frosini svolge anche per la consuetudine, che è simile «a un sentiero fatto dagli uomini camminando». Frosini ricorre a una icastica metafora topografica:

⁷⁵ V. FROSINI, *La struttura del giudizio di equità*, cit., p. 212. Si veda inoltre, dello stesso autore, *L'equità nella teoria generale del diritto*, cit., p. 77.

⁷⁶ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 95-96.

⁷⁷ V. FROSINI, *L'equità nella teoria generale del diritto*, cit., pp. 67-91.

«Questo sentiero, comunque, stabilisce una direttiva dell'azione del camminare, assolve ad una sua funzione di guida della condotta; che è la ragione stessa di vita del diritto, ciò che gli conferisce il suo genuino valore; e, insistendo sull'esempio riportato, si potrebbe dire che il diritto si presenta o come una carta topografica, in cui siano segnate le vie da percorrere, e della quale il soggetto si serve per muoversi sul territorio in cui si trova, tenendo conto dei passaggi, degli incroci, dei limiti di velocità, degli arresti obbligati; e questa carta è indice di una evoluta civiltà giuridica; ovvero il diritto si mostra, all'occhio del viaggiatore, come un tratto del territorio ch'egli si trova a percorrere, e che non è chiaramente segnato sulla carta di cui dispone; egli deve perciò integrarla e correggerla, in corrispondenza alla realtà pratica che si trova a fronteggiare, alla difficoltà da superare per orientarsi e proseguire nel suo cammino»⁷⁸.

L'equità è per Frosini naturalmente connessa all'umana esperienza del vivere comune. Lo stesso vale per l'interpretazione: equità e interpretazione fanno parte dell'esperienza giuridica e, nell'esperienza giuridica, rappresentano un *quid* di ineliminabile. Nel giudizio di equità e nell'ermeneutica risplende l'esperienza giuridica. In esse prendono consistenza quei valori presenti nella società, iscritti nel senso comune della prassi. Essi sono legati al principio di giustizia, che ispira il diritto naturale⁷⁹.

V.

Per Frosini il principio giusnaturalista è radicato in un mondo emozionale, pre-logico e pre-razionale, confuso e oscuro, da cui traggono origine le forme fondamentali della prassi. Il legislatore non può prescindere da esse senza distruggere le ragioni stesse di vita dell'ordinamento giuridico. La prassi è un presupposto rispetto all'opera del legislatore. Il diritto è sostenuto da quella che Frosini chiama «civiltà giuridica»: un «complesso di elementi non ben delineati, fluidi». Per Frosini il «sentimento del diritto» è sentimento della giustizia, principio animatore della tradizione giusnaturalista. Le stesse forme in cui si condensa l'azione, nel suo processo di strutturazione, sono «una condizione naturale per il resistere dell'azione e per la sua intelligenza»⁸⁰.

Per il pensatore siciliano occorre «tradurre in pratica l'antica teoria», prospettiva, quest'ultima, che si è aperta «da quando, al volgere della metà del secolo, è stata votata, in un'assemblea rappresentativa mondiale, una 'dichiarazione dei diritti dell'uomo', esperienza nuova d'una comune

⁷⁸ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 102-103.

⁷⁹ Si rammenti V. FROSINI, *L'attualità del diritto naturale*, cit., pp. 519-523.

⁸⁰ V. PIANO MORTARI, *Diritto e cultura*, cit.

natura delle nazioni»⁸¹. La morfologia della prassi è «una concezione naturalistica del diritto, intesa cioè a riconoscere nel diritto un'esperienza di naturalità umana» e ha certamente «qualcosa in comune» con la «dottrina giusnaturalista, in cui si contiene un richiamo allo stretto nesso che vi è fra il diritto e la natura dell'uomo»⁸². Si distingue profondamente pertanto dal positivismo kelseniano⁸³. Il giusnaturalismo di cui scrive Frosini non alberga nell'iperuranio, ma «è radicato nel sottosuolo della realtà giuridica». Esso non è «sovrastuttura della sovrastuttura», ma «sottostruttura». Così Frosini:

«Ogni ordinamento giuridico vive, come un albero, nella luce del giorno e nella tenebra della terra; la sua parte scoperta, quella che noi vediamo moltiplicarsi di rami e di fogliame, assumere e variare visibilmente forma, restare esposta alle bufere e allo sconvolgimento e languire nella sterilità, non è che la parte superiore d'uno stesso tronco, che ha come una sua chioma sotterranea, che si espande e si prolunga nelle sue radici non meno che nelle sue fronde, che si nutre di nascose linfe vitali. Il contadino, e cioè, fuor di metafora, l'operatore del diritto, non conosce e non si cura di solito che della parte superiore, di quella cioè che egli provvede a potare, di cui raccoglie i frutti, e di cui talvolta provvede anche a recidere dei tronconi; ma lo scienziato naturalista, e con esso il teorico del diritto, non può ignorare o trascurare di prendere in considerazione anche il resto dell'albero, l'albero nel suo intero. Così del pari, non sarebbe concepibile, nelle condizioni di indagine della cultura contemporanea, dividere il mondo luminoso della ragione dal mondo oscuro delle emozioni, esplorare il territorio della coscienza senza tener conto della sua dimensione in profondità nell'inconscio; e si potrebbe ben dire, che lo studio del diritto naturale sta a quello del diritto positivo come la ricerca di psicologia del profondo sta all'analisi tradizionale»⁸⁴.

Il diritto naturale non è proiettato in un sopramondo dell'esperienza giuridica, ma «rappresenta in effetti la *sottostruttura* dell'esperienza giuridica stessa, quella su cui essa si fonda, e di cui essa si alimenta nella sua energia vitale della prassi». Precisa Frosini:

«Nessun ordinamento giuridico potrebbe infatti continuare a sussistere, se l'insieme costituito dalle norme, in cui si opera il processo di *razionalizzazione* dell'azione sociale, in cui questa cioè acquista, come si è detto, forma riflessiva, coordinandosi in una morfologia

⁸¹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 123. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata votata a Parigi il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Si confronti con G. CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, cit., III, pp. 35-50. Si veda V. FROSINI, *I diritti umani nella società tecnologica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 31, 1981, pp. 1154-1166.

⁸² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 124.

⁸³ H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 395-454, in particolare p. 406.

⁸⁴ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 123-124.

della prassi, se l'ordinamento giuridico insomma, non avesse radici in un mondo emozionale del diritto, cioè ancora confuso e oscuro, in cui peraltro si originano e assumono tendenza strutturale e capacità di resistenza le forme fondamentali della prassi: quelle che la opera legislativa deve pur presupporre e consacrare, e che essa non potrebbe impunemente convellere, senza con ciò distruggere le ragioni stesse di vita dell'ordinamento. Il quale è sì diritto oggettivo, perché è stato reso manifesto nelle forme celebratrici della prassi, ed in quanto animato da una sua energia esso è *kratos*, ossia forza che si impone; ma esso è pur sostenuto dall'*ethos*, da quella che si chiama civiltà giuridica, e che non consiste soltanto certamente nelle norme positive scritte sui codici, ma altresì in quella zona di penombra che circonda la ferma luce della legge, il *consensus utentium*, il sentimento di fedeltà al diritto stesso, la mediazione culturale dei giuristi, l'opinione pubblica che lentamente corrode e modifica gli istituti, le consuetudini, etc. Senza questa civiltà giuridica, in cui il diritto si muove e si nutre come in un plasma vitale, l'ordinamento giuridico non potrebbe avere il suo significato, e nemmeno esistenza»⁸⁵.

Il diritto come morfologia della prassi è radicato nei valori espressi dalla civiltà giuridica, iscritti nella storia, fondati sul comune sentire, all'origine del consenso, che costituisce il legame indissolubile tra *kratòs* ed *ethos*, e del sentimento di fedeltà al diritto. Se mancassero quelle «radici», «nessun ordinamento giuridico» potrebbe «continuare a sussistere».

Natura umana e diritto non costituiscono, se giunti insieme, un ossimoro. La natura umana è «storicità» e si manifesta tanto «nelle tradizioni popolari del costume sociale» quanto «nelle istituzioni del diritto formale». Essa è compatibile con l'esperienza giuridica: dove c'è l'uomo (l'uomo che, capogrossianamente, è all'altezza del suo essere uomo, che non è cioè inferiore a se stesso), c'è diritto. Per Frosini occorre tener conto, però, delle critiche che hanno «assaltato» l'idea di diritto naturale e che hanno cercato di dimostrare o che esso non fosse naturale, ma fondato su un'astrazione razionalistica, o che esso non fosse diritto, in quanto privo dell'elemento della coattività. Ecco perché, secondo Frosini, occorre «ristabilire un significato accettabile del diritto naturale». Si tratta di «mettere in evidenza un carattere immediato della prassi rispetto al suo momento mediato da un sistema giuridico, la sua formatività rispetto alla sua formalità; e riconoscere in tal modo l'esistenza d'un'azione che è ancora *eîdos* e non è ancora *morphê*». Il diritto naturale è un momento complementare e non antitetico al diritto positivo: riconoscerlo è «esigenza concreta», senza per questo voler confondere «due momenti che sono separati fra loro»⁸⁶. Il crinale scorre lungo l'idea di struttura, che il diritto positivo già possiede e di cui invece il diritto naturale è in cerca: il diritto naturale trova la sua struttura grazie all'attività demiurgica dell'interprete.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 125-127.

Per Frosini il diritto naturale appartiene alla sfera emozionale, non a quella razionale. Il diritto vive nella «vita dell'azione umana». Esso è «l'azione resa cosciente di sé nella sua struttura, nella sua responsabilità, nella sua indipendenza oggettiva». Come una lirica è un sentimento staccatosi dal tumulto dell'animo poetico, celebrato in una sua forma e destinato perciò a sopravvivere alla stessa passione che lo ispirò, così l'azione si struttura. Ma il diritto non è soltanto struttura: esso «è altresì, in un'accezione più vasta, un senso comune della prassi, ovvero un giudizio senza riflessione»⁸⁷, che «si porta su di essa», un «movimento del volere» che «non si è ancora cristallizzato in formule», non si è ancora rivestito «di quella corazza coriacea che gli è data dalla norma legislativa». Il diritto naturale resta dunque un momento pre-logico del diritto positivo, che è invece «espresso nelle stesse forme logiche del discorso», «nel linguaggio della legge che è intelligenza priva di passioni», «sottomissione dell'emozionalità alla ragionevolezza». In quanto momento pre-logico del diritto positivo, il diritto naturale non ha una sua positività (non è cioè determinato nel tempo, nel luogo, nei modi, altrimenti non si potrebbe chiamare «naturale»). Esso ha però, secondo Frosini, i caratteri distintivi di una moralità positiva, intesa quale «complesso di regole, che dirigono l'azione mercé la suggestione del sentimento, la intuizione immediata: quella che palpita nell'animo degli uomini semplici forse ancor meglio che in quello dei legulei esperti e osservanti della legge»⁸⁸. In questo senso il diritto naturale è veramente *cordibus inscriptum*: esso consiste in un insieme di leggi «il cui rispetto è tacitamente convenuto» e che non possono qualificarsi né precisamente giuridiche, né precisamente etiche⁸⁹. La ricerca giusnaturalistica è per Frosini

«un'opera di scavo nella coscienza giuridica per ricavarne gli archetipi comuni di comportamento, quelli che, da una loro origine ancestrale, mantengono una umanità che resta fondamentale e diffusa nel consorzio umano, perché riferita all'immagine originaria dell'uomo. La nozione, che risulta da un rapporto instaurato tra il singolo uomo e l'umanità in generale, senza il termine di mediazione obbligata di società umane particolari, è il punto focale d'una visione schiettamente umanistica; se essa si annebbia e svanisce, in luogo dell'umanesimo insorge quello che è stato già da noi chiamato 'disumanesimo', inteso appunto come crisi, come scissione fra uomo e umanità»⁹⁰.

Risuona l'eco delle parole di Capograssi sulla barbarie del ventesimo secolo: se «svanisce e si annebbia» quella «visione umanistica», fondata

⁸⁷ Si veda V. FROSINI, *Senso comune e scienza giuridica*, cit.

⁸⁸ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 128-130.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 131.

⁹⁰ *Ibidem*.

sul nesso indissolubile tra uomo e umanità, a fondamento del diritto naturale, allora l'uomo perde la sua umanità e precipita nella catastrofe del disumanesimo.

Il giusnaturalismo, a cui Frosini pensa, non sta librato in cielo, ma è sottostruttura, radicato nella profondità del terreno giuridico. Esso è un 'giusnaturalismo del sottosuolo'. Frosini afferma che i sostenitori del diritto naturale hanno tra di loro in comune «un principio, che ben si potrebbe dire essere quello dell'*idealismo giuridico* (da non confondersi, *sic et simpliciter*, con l'idealismo filosofico. Il quale può assumere anche posizione contraria al diritto naturale)»⁹¹. Diritto naturale e diritto positivo, *jus quia iustum* e *jus quia iussum* stanno tra di loro in un rapporto di tensione: ritenere di risolvere definitivamente la dialettica sarebbe del tutto «ingenuo». Per Frosini infatti quel dualismo non è riducibile *ad unum*, perché «l'uno e l'altro atteggiamento sono a noi storicamente precostituiti»: essi esistono come «archetipi di ragionamento nel sottofondo della nostra coscienza culturale, così come essa emerge dalla mediazione dell'esperienza storica»⁹². Il bersaglio di Frosini è ancora una volta, scopertamente, Kelsen: per il giurista siciliano esiste una dialettica tra ordine naturale e ordine positivo. Anche Kelsen riconosce una dialettica – definita, kantianamente, come «trascendentale» – tra giusnaturalismo e positivismo. Ma, come Frosini osserva, si tratta di una pseudo-dialettica. Infatti per Kelsen le ragioni della scienza sono esclusivamente a favore del positivismo giuridico, mentre a favore del giusnaturalismo gioca soltanto il costante miraggio sentimentale della dea giustizia. «A noi pare – conclude Frosini – che le 'ragioni' stiano da una parte e dall'altra, o la dialettica sarebbe illusoria»⁹³. Kelsen annulla uno dei due termini del discorso. Frosini pone invece il giusnaturalismo a fondamento della dottrina morfologica del diritto, alle «radici» del movimento di strutturazione dell'azione; egli si rifiuta di accettare la riduzione del diritto a forma pura, riempibile di qualsiasi contenuto: l'idea di giustizia non è da Frosini bandita, ma posta, come da tradizione, a fondamento dell'ordine giuridico: *jus a justitia*. L'idea di giustizia sorregge il diritto positivo. La giustizia è una qualità dell'anima, ma – ed ecco la differenza dal formalismo – non per questo è espunta dalla dimensione del giuridico. Ha scritto Enzo Sciacca che «Frosini è,

⁹¹ *Ibidem*, p. 151.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, p. 152. Si veda H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, cit.

nel senso più autentico, un giusnaturalista»⁹⁴. L'idea di giustizia riluce nella coscienza dell'interprete, quando essa, in quanto coscienza giuridica, coniuga il fatto col diritto, la teoria con la tecnica, la teoria con la prassi, l'ordine naturale con quello positivo, il senso comune con la norma.

Ne *La struttura del diritto* Frosini respinge la «criteriologia analitico-sintetica» e ad essa contrappone il diritto come morfologia della prassi. La criteriologia analitica procede alla misurazione dei dati singoli e alla sintesi di tali informazioni in un dato complessivo o totale. L'indirizzo morfologico invece «si indirizza alle forme interne, cioè alle strutture, che non sono scomponibili in parti, né d'altra parte, sono costruibili mercé l'unificazione degli elementi dissociati»⁹⁵. L'analisi, dunque, non è in grado di comprendere la struttura. Il diritto è come la musica: la percezione musicale non è riducibile a un processo meccanico o a «godimento passivo», ma implica una «intenzionalità», una «partecipazione psicologica». L'esame della conformazione dell'organo uditivo, la ricostruzione dello schema di trasmissione acustica, l'esposizione in termini di fisica rigorosa del fenomeno non sono sufficienti per cogliere la struttura di un brano musicale. Per comprenderne la struttura è sufficiente affidarsi all'«organo naturale dell'orecchio umano, che è capace di individuare la 'durata' interiore di un motivo musicale nella sua semplicità, mentre tutti gli strumenti di analisi, invece di avvicinare ad essa ce ne allontanano». La «naturalità» consiste nell'«unità, semplicità, omogeneità e pregnanza delle strutture, che si possono intendere e riconoscere solo affissandole nella loro immediatezza, in quanto 'forme originarie', che la conoscenza apprende per intuizione diretta, giacché una struttura non rappresenta la somma delle parti, non è il 'totale', ma lo 'intero', cioè il rapporto fra il tutto e le parti, nella sua configurazione ideale, e non già meccanica o analitico-sintetica»⁹⁶. Il «formalismo semantico» considera l'esperienza giuridica «come raccolta, comparazione, sistemazione delle norme»⁹⁷. La

⁹⁴ Si veda E. SCIACCA, *Vittorio Frosini scrittore politico*, in *Liber amicorum. In onore di Vittorio Frosini*, Milano 1998, I, pp. 1-18, in particolare p. 9. Si veda inoltre V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli 1998³, p. 64.

⁹⁵ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 170-171.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 171-172.

⁹⁷ Il manifesto di quell'orientamento è considerato l'articolo di N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2, 1950, pp. 342-367, ora in U. SCARPELLI (ed), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano 1976, pp. 287-324. Si ricordi che nel 1954 Bobbio scrive un durissimo articolo, in difesa di Kelsen e contro il Capograssi delle *Impressioni su Kelsen tradotto*. L'articolo, intitolato *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, è stato pubblicato nel 1954 sulla «Rivista trimestrale di

giurisprudenza trova così la sua massima celebrazione nei codici, «dentro i quali appare racchiusa, come in una roccaforte dello spirito, tutta la forza del diritto; pronta a uscire, nei ranghi serrati dei suoi commi, articoli e rubriche, per poi ordinatamente rientrare fra le sue mura». Il nome di Kelsen ricorre con minore frequenza negli scritti dell'ultimo Frosini: egli abbandona però solo apparentemente il 'problema Kelsen'. Kelsen è infatti ancora presente nella riflessione del giurista catanese, perché il kelsenismo come problema è sempre presente. La dottrina analitica ha appiattito l'interpretazione giuridica sull'interpretazione semantica della «lettera della legge». La critica di Frosini verso gli epigoni della scuola analitica raggiunge il diapason ne *La lettera e lo spirito della legge*, pubblicato nel 1993: in quelle pagine compie il suo itinerario la riflessione frosiniana sull'interpretazione giuridica⁹⁸. La dottrina analitica ha per Frosini il suo progenitore in Hobbes: essa prevede che una norma di legge non possa avere che uno e un solo significato valido, espresso nella sua lettera, la quale fa tutt'uno con l'intenzione della legge⁹⁹. La *reductio ad unum* del dualismo tra lettera e spirito è caratteristica del formalismo semantico. Il formalismo semantico consiste in un singolare incrocio tra teoria pura del diritto e teoria analitica del linguaggio. Ma il diritto non è solo norma e l'interprete del diritto non è solo un traduttore:

«Questo genere di attività di traduzione linguistica non va confuso, come avviene ad opera dei sostenitori di una dottrina di formalismo semantico, con quello svolto invece dall'interprete-giurista, che non deve limitarsi alla identificazione e manipolazione di una «struttura linguistica», quella del linguaggio legislativo, poiché egli deve invece investigare la struttura giuridica del rapporto fra la dicitura delle norme di legge e il comportamento da tenere secondo il modello indicato, operare la conversione e sintesi fra il vero e il fatto»¹⁰⁰.

Frosini critica il «culto monoteistico della norma», professato dai suoi adepti «sotto l'influenza congiunta della Scuola di Vienna e della Scuola di Oxford»¹⁰¹.

Il legislatore scrive la norma di legge, ma il suo scritto «trova vita solo quando c'è un lettore che lo legge». Il rapporto che si instaura tra la

diritto e procedura civile» (pp. 356-377) ed è il primo dei saggi ristampati in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli 1992, pp. 15-39.

⁹⁸ V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano 1998³, pp. V-VIII, 1-14, 54-56, 173-179.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 163.

legge scritta e il suo lettore-interprete costituisce il cosiddetto «circolo ermeneutico»¹⁰². Lo spirito della legge permette all'interprete di risalire allo spirito dell'ordinamento giuridico, in cui la legge stessa è inserita come «parte di un tessuto vitale»¹⁰³. Forma e materia, lettera e spirito, *kràtos* ed *ethos*, diritto scritto e diritto non scritto, giudizio di legalità e giudizio entimematico di equità, convivono nell'esperienza giuridica: essa è esperienza storica e civile. Frosini riduce la frattura tra positivismo e giusnaturalismo: i due termini danno vita a una dialettica che non si risolve nell'annullamento di un termine a favore dell'altro, ma che vive nella coscienza dell'interprete: essa non è arbitrio, ma è coscienza giuridica.

Da una parte l'interprete, dall'altra il legislatore¹⁰⁴. Nel mezzo un procedimento composto da più momenti: la promulgazione, la redazione a stampa, la trasmissione e diffusione del messaggio legislativo, la ricerca e la consultazione, e infine la motivazione e la decisione. Per Frosini i termini estremi di questo procedimento sono legati in un *continuum*¹⁰⁵. La legge è statica solo in apparenza: nei fatti essa stabilisce una dialettica tra due polarità. La legge «viene scritta per essere letta; viene letta per essere capita, cioè interpretata; viene interpretata per essere applicata». È dunque:

«Il rapporto fra la scrittura e la lettura della legge non è affatto un rapporto meccanico, determinante in senso assoluto, consequenziario a lume di razionale capacità logica, come avviene in un ragionamento matematico; esso è invece un rapporto dialettico, in cui la prima, cioè la scrittura, indirizza e condiziona la seconda, e cioè la lettura, ma le consente altresì di condizionare il significato contenuto nella prima; si tratta perciò di un rapporto non rigido ma articolato, simile a quello di un giunto cardanico»¹⁰⁶.

L'attività ermeneutica è attività «demiurgica», ma «non creatrice *ex nihilo*». Essa è «creativa di una nuova forma compositiva, in cui la legge assume

¹⁰² *Ibidem*, pp. 9-11.

¹⁰³ Per Frosini l'interprete è sempre interprete dell'ordinamento giuridico e non della singola norma. Frosini richiama l'articolo 101 della Costituzione italiana e precisa che l'espressione «I giudici sono soggetti soltanto alla legge» significa che i giudici sono soggetti alla Legge con la *elle* maiuscola, cioè all'ordinamento giuridico, allo «spirito stesso» che circola nelle singole leggi, accomunandole (*ibidem*, p. 13). Si rammenti in proposito la già ricordata critica di Frosini all'articolo 12 delle Preleggi, il cui ordine di criteri ermeneutici andrebbe radicalmente capovolto. I «principi generali» non costituiscono l'ultimo e sussidiario criterio ermeneutico, ma il primo. Si veda V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, cit., pp. 98-103, 163.

¹⁰⁴ V. FROSINI, *Legislazione e interpretazione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 40, 1990, pp. 384-396.

¹⁰⁵ V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, cit., pp. 43-44.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 48-49.

il suo volto»¹⁰⁷. Frosini è memore dell'insegnamento di Emilio Betti¹⁰⁸. Betti aveva scritto delle «due fonti del diritto», la legislazione da una parte e l'interpretazione da parte della giurisprudenza dall'altra. Le due fonti si alternano con diverso grado di intensità, a seconda dei tempi e dei luoghi, ma si confondono in un'unica corrente, che è quella della vita del diritto. La lezione di Betti è dunque una «energica reazione all'idolatria della legge» e al «pregiudizio feticista del positivismo legislativo»¹⁰⁹. Come per Betti, anche per Frosini, l'interpretazione non costituisce il momento conclusivo del circolo ermeneutico: essa è preludio all'applicazione concreta del diritto, all'esito del processo, momento in cui la regola di diritto è messa in relazione con i fatti¹¹⁰.

L'interpretazione non è un procedimento «discorsivo-linguistico», ma «un'operazione operativo-strutturale». A metà strada tra il cielo e la terra, l'interprete compie un'operazione demiurgica, come il «dio che trasformò la materia preesistente del caos in un cosmo ordinato secondo le idee».

Interpretando la struttura della legge, il giurista risponde alla domanda sul *quid juris*, ma incrocia inevitabilmente anche l'altro interrogativo sottinteso, quello sul *quid ius*¹¹¹. Frosini distingue «tre aspetti», in un processo di strutturazione non gerarchica, della conoscenza scientifica del diritto: il primo aspetto (immediato) consiste nel diritto vissuto nella vita ordinaria, come «senso comune». Esso appartiene a ogni uomo civile: è a lui «connaturato». Il secondo aspetto (mediato) si manifesta nelle «istituzioni sociali», nelle «professioni dell'avvocato e del giudice», nelle «facoltà d'insegnamento giuridico». Il diritto «riceve coscienza di sé» grazie all'elaborazione discorsiva che ne compiono gli interpreti qualificati.

E poi c'è il terzo aspetto: la «coscienza nomologica», che non si pone «su un piano più alto» rispetto ai due precedenti. I tre momenti individuati da Frosini sono consustanziali fra loro. La coscienza nomologica «non può che riflettere la vita dell'azione e delle sue forme». Essa tiene

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 52.

¹⁰⁸ Frosini è succeduto a Betti presso la cattedra romana di Teoria generale dell'interpretazione. Dal 13 ottobre 1986 Frosini ha diretto l'Istituto di Teoria dell'interpretazione e di informatica giuridica. Su Betti si vedano i saggi di V. FROSINI, *Emilio Betti e la teoria generale del diritto* e *La filosofia giuridica di Emilio Betti*, entrambi in V. FROSINI, *La coscienza giuridica*, cit., rispettivamente alle pp. 151-158 e 159-174.

¹⁰⁹ V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, cit., pp. 55-57.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 58.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 70-74.

conto del momento mediato e di quello immediato, della dimensione del «vissuto» e di quella «discorsiva», del senso comune e della scienza giuridica e rappresenta la loro «integrazione», senza però pretendere di sostituirsi all'uno o all'altro dei primi due aspetti dell'esperienza giuridica. La coscienza nomologica è il «meriggio dello spirito nell'esperienza giuridica»¹¹². Come non può esistere filosofia senza riguardo per la prassi, così non può esserci giurisprudenza senza una riflessione che accompagni il fluire dell'azione¹¹³.

Per Frosini il diritto non è un oggetto esterno e precostituito alla scienza giuridica. Esso è semmai «un obbiettivo della conoscenza», il «lavoro svolto dalla coscienza giuridica», l'incedere verso una meta pratica. L'azione acquista una sua struttura e si fa pensiero. E il pensiero si fa azione: la coscienza nomologica studia «il ciclo vitale dell'esperienza giuridica nelle sue diverse fasi, nel suo duplice movimento di rotazione ideale, anzi di conversione reciproca fra l'azione e la teoria dell'azione, che ha il suo momento critico, il suo punto di fusione per così dire, nella funzione svolta dall'elemento normativo, attraverso il quale si opera il passaggio e l'inversione»¹¹⁴. La scienza giuridica recepisce e rispecchia la varietà dell'esperienza e si rivela nel momento processuale come coscienza nomologica, ristabilendo una dialettica tra azione e teoria dell'azione, tra norma e fatto, tra conoscenza e prassi. Il pensiero si fa azione, il conoscere si converte in agire e l'azione, strutturandosi, consente la conoscenza. Frosini scrive:

«Per cogliere questo riflusso, che si opera nel trapasso dalla conoscenza alla pratica del diritto, è necessario però che l'osservatore del fenomeno giuridico compia uno spostamento di posizione: egli non deve osservare la problematica dal punto di vista della legislazione, quando pare che si assista all'epifania dell'esperienza giuridica (onde la nota definizione del *jus quia iussum*), ovvero da quello del comune soggetto del diritto, per il quale il senso del diritto è ancora tutto involto nell'affannosa urgenza dell'azione; ma deve collocarsi nella prospettiva ideale del giudice, allorché il *jus* si fa *iudicium*, e vengono a confronto, per così dire diretto, la norma e il fatto, nell'esigenza di determinare il significato pratico della norma, e di imprimere il sigillo di giuridicità sul fatto, che si attua nel processo giudiziario, e che sortisce a quel giudizio giuridico, che è la sentenza. Qui veramente si manifesta il carattere di obbiettività del diritto, nelle sue implicazioni: giacché oltre l'episodio contingente, si presenta all'orizzonte dell'indagine tutta l'esperienza giuridica, in quanto oggettiva, cioè pienamente alienata dalla soggettività, fornita di una logica propria, resa comune ed anonima; ed insieme si rivela come tutta la costruzione

¹¹² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 182-185.

¹¹³ *Ibidem*, p. 180.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 185-187.

sistemativa, opera disinteressata del pensiero giuridico, abbia in realtà il suo costante obbiettivo, al di là dell'analisi concettualistica, nella designazione dell'elemento normativo di sintesi per il giudizio; infine, qui in tutto coincidono l'oggetto della scienza e quello dell'azione, e la riflessione che la coscienza giuridica compie sul suo oggetto ne mette in luce la natura, perché ne mostra la duplice generazione, nella norma che si fa fatto nella sentenza, e nell'azione che si dà forma nel giudizio; sicché qui appare davvero messa a fuoco l'obiettività della giurisprudenza»¹¹⁵.

Il diritto si invera nel processo. Il carattere scientifico del diritto, secondo Frosini, è assicurato dalla «possibilità che le affermazioni, avanzate nel campo dell'esperienza giuridica ad opera degli interpreti, vengano riscontrate o accertate, cioè accolte come vere dalla coscienza riflessa perché sottoposte al controllo della logica o dell'esperimento: la giurisprudenza in tanto può essere considerata scienza, in quanto ha il suo ideale banco di prova, e questo è precisamente costituito dal giudizio in tribunale, autentico *experimentum crucis* della dottrina».

Il lavoro di chi studia le norme (intese come simboli delle forme dell'azione) è un «lavoro di parole sulle parole». Esso è destinato a essere convertito dai giudici in «azioni sulle azioni», nel dispositivo della sentenza. Il pensiero è destinato a essere sottoposto «al vaglio della realtà, ossia della prassi». Per Frosini il dibattito che si svolge in un'aula di tribunale ha «un carattere propriamente scientifico», poiché «dall'esame comparato delle norme e delle azioni sottoposte al giudizio» è possibile ricavare «le strutture che compongono e che regolano la morfologia dell'azione sociale, così come essa si presenta nella sua vigenza storica, come si giustifica nella sua coerente connessione di forme, cioè nella sua razionalità pratica, come si oggettiva nel caso concreto»¹¹⁶. È nel processo e nel processo solo che si assiste «ad occhio nudo» alla «conversione reciproca fra il vero e il fatto»:

«la realtà di un'azione determinata *hic et nunc* nella sua particolarità soggettiva, promossa dall'interesse *lato sensu* economico, intrecciata alle altre azioni della vita ordinaria, acquista coscienza giuridica, e cioè si inserisce e si obbiettiva in una morfologia pratica, che la comprende e la definisce, e per la quale essa si rivela come portatrice di un significato esemplare, e di un valore comune».

La coscienza nomologica è la coscienza giuridica: critica e problematica, essa non si limita al dato positivo, non si appaga «del comodo accertamento notarile delle decisioni legislative e delle massime giurisprudenziali»¹¹⁷.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 187-188.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 188-191.

¹¹⁷ F. RICCOBONO, *Prefazione*, in V. FROSINI, *La coscienza giuridica*, cit., p. 3.

Nelle pagine conclusive del libro del 1962 Frosini indica il «principio di strutturazione» dell'esperienza giuridica: l'«ordine civile»¹¹⁸. L'ordine civile «rappresenta la chiave di volta di tutto un sistema giuridico». Esso è il «valore-cardine fra i valori pratici del diritto». L'ordine civile è il fine dell'ordinamento giuridico, «immanente, connaturato come quello della pianta è di produrre i suoi frutti»; esso è la «legge delle leggi», riscuote la «fiducia dell'uomo comune» nel diritto, a esso «fa appello l'obbligazione politica», che lega reciprocamente governanti e governati¹¹⁹.

L'ordine civile «contraddistingue l'ordinamento giuridico comprensivo degli ordinamenti giuridici particolari, che trovano perciò in esso, piuttosto che il loro limite, il loro tramite di collegamento». Esso è inoltre il «principio esclusivo nei confronti delle società illecite»¹²⁰. L'ordine civile è il principio che armonizza il caos delle «volontà singolari scatenate in disordine» e imprime, grazie alla logica interna dell'azione, un «qualche ordine di marcia»¹²¹. Non è un principio esterno al mondo del diritto, l'ordine civile. È un principio interno. Il diritto, che è una «seconda natura dell'uomo», in cui l'uomo «deve di necessità ritrovarsi», ha una sua logica interna¹²².

VI.

Kelsen ha espunto l'idea di giustizia, considerata come irrazionale. Frosini la accoglie e la pone, come da tradizione, a fondamento del suo pensiero giuridico. Essa riluce, come la stella di Aristotele, più bella e luminosa della stella del vespero, nel momento in cui l'interrogativo sul *quid iuris* si incrocia con quello sul *quid ius*: nel processo, lungi dal «feticismo

¹¹⁸ L'espressione originaria adottata da Frosini fin dalla prima edizione della sua opera *La struttura del diritto* è «ordine pubblico» (con la precisazione però che l'espressione va intesa «in senso giuridico e non poliziesco»). Frosini ha corretto questa dicitura, sostituendola con «ordine civile». Si veda V. FROSINI, *Ricordi e riflessioni su 'La struttura del diritto'*, in F. D'AGOSTINO (ed), *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, Milano 1988, p. 37.

¹¹⁹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 196-199.

¹²⁰ *Ibidem*, cit., pp. 199-200.

¹²¹ *Ibidem*, p. 200. Per Frosini il caos non è soltanto dato dai vuoti legislativi, dalle lacune dell'ordinamento giuridico, ma anche dalla ridondanza di norme. Si veda in proposito V. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli 1979, pp. 9-64.

¹²² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 201.

legalista»¹²³. L'etica frosiniana è etica della situazione e l'idea di giustizia naturale è centrale fin da *La struttura del diritto* del 1962¹²⁴. Essa illumina la decisione del giudice e – nel contesto dell'ordinamento giuridico e della sua struttura – risplende nell'equità, nell'interpretazione, nella coscienza giuridica che si inerpica, a partire dal sottosuolo, in un armonioso percorso di umana elevazione, sino alle alture concrete della coscienza nomologica. Il diritto è anima e struttura, momento pre-logico ed emozionale ed elemento positivo: la giustizia naturale è il fondamento di quella positiva, iscritta in un senso comune della prassi. Essa è un «giudizio irriflesso» che orienta la valutazione del giudizio, secondo criteri che non sono irrazionali, ma «ai quali si può conferire un carattere razionale»¹²⁵.

L'ultimo Frosini, pioniere dell'informatica giuridica e della giuscibernetica, sostiene che «la democrazia di massa non è autoritaria» e propone un nuovo paradigma di democrazia diretta¹²⁶. In *La democrazia nel XXI secolo* si trova la conferma di quanto già sostenuto nel 1962. Scrive il giurista:

«La giustizia, oltre che nel suo senso pratico di amministrazione e di procedura, può essere intesa anche nel suo senso teorico, che è l'idea della giustizia, il principio del giudizio sul giusto e sull'ingiusto operante nella coscienza umana: giacché come diceva Aristotele, l'uomo si distingue dagli animali perché possiede il senso del giusto e dell'ingiusto, che è privo di quella stimolazione e verifica empirica che possiedono i cinque sensi del nostro corpo e tuttavia è presente ed imperioso nella coscienza interiore dell'uomo»¹²⁷.

Il principio di giustizia è ribadito come strettamente connesso allo «scandalo» dell'equità:

«Al principio di giustizia si accompagna nella storia del pensiero giuridico il principio dell'equità: si tratta di due aspetti dello stesso problema, che va esaminato, nella sede appropriata, nei suoi termini logici ed etici, ma qui basti profilare la connessione fra la giustizia e l'equità nell'esercizio del potere decisionale del giudice, soggetto alle disposizioni normative di legge ma altresì chiamato dalla sua stessa vocazione professionale a riflettere ed a decidere secondo coscienza»¹²⁸.

Nel giudizio convergono diritto e morale, norma di legge e coscienza giudicante: le due dimensioni della «coscienza comune dell'umanità» si

¹²³ Sull'idea di giustizia come «più luminosa della stella della sera e del vespro» rinvio a D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, cit., pp. 9-19.

¹²⁴ Si rammentino le pagine conclusive di V. FROSINI, *L'uomo artificiale*, cit.

¹²⁵ A. JELLAMO, *La giustizia naturale*, in A. JELLAMO - F. RICCOBONO, *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 129-143, in particolare p. 136.

¹²⁶ V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Roma 1997, pp. 7-151.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 90.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 93.

amalgamano alla ricerca di una soluzione da trovarsi «volta per volta, caso per caso, nella relazione di implicanza reciproca che si stabilisce fra il soggetto giudicante, la norma di legge e la situazione concreta».

Il giudice non deve rinunciare ad ascoltare «la propria voce interiore che suggerisce la solidarietà umana in soccorso di colui che ha bisogno di aiuto». Dall'equilibrio tra una coscienza vigile, la norma di legge e la situazione di fatto scaturisce la giustizia come energia morale, che si attua come politica, cioè come «rapporto di interessi sociali, all'interno stesso del procedimento giudiziario».

La giustizia a cui pensa Frosini «richiede che l'uomo prenda una decisione dinanzi ai programmi di vita associata come dinanzi alle situazioni incerte della vita quotidiana, trovi conforto e forza morale volgendo lo sguardo interiore là dove brilla per lui la stella della giustizia»¹²⁹. Tra il cielo e la terra: l'interprete si trova lì in mezzo. Come *Hermes* si fa intermediario fra gli uomini e gli dei.

Capograssi pensava che «ognuno serve il suo tempo come può»: nelle pagine conclusive de *La democrazia nel XXI secolo*, prima di prendere congedo dal «suo tempo», Frosini si richiama a quell'etica della situazione, che è etica di libertà e responsabilità e che ha contraddistinto il suo pensiero fin dalle origini¹³⁰. Essa è l'etica più consona all'individuo che abita l'universo tecnologico e che non rinuncia a costruire il suo destino secondo quei principi che «costituiscono la struttura portante della coscienza comune contemporanea»¹³¹.

Come il sentimento, la vita interiore dell'uomo sfocia e prende forma nella poesia, che salva il vero e lo converte in fatto, così l'«uomo artificiale», demiurgo del suo cosmo di forme, forgia la sua seconda natura, che è una natura nella Natura, poiché ogni forma, ogni struttura, ha la sua sorgente nell'animo umano¹³². La dottrina morfologica cerca di «svelare la verità della natura dell'uomo e il valore della civiltà, che è il senso dell'uomo». Alla «soglia dell'anima» un «elemento comune fra l'azione e la poesia» si presenta: «esse, ambedue, sono libere da menzogna, insieme

¹²⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹³⁰ L'etica della individuale responsabilità accomuna l'itinerario speculativo di Frosini a quello di Pietro Piovani. Si veda P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1961, pp. 5-39.

¹³¹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., pp. 116-120, 124-127.

¹³² Rinvio alle riflessioni sopra svolte a proposito di «anima» e «diritto».

dicono la verità. Le azioni sono giudicabili, quando sia venuta la sera, e la poesia contiene la verità delle cose e il giudizio sopra le cose. La poesia e l'azione sono i due elementi nei quali il valore più intimo di una comunità si dimostra»¹³³.

Così Vittorio Frosini, giureconsulto e umanista.

¹³³ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, cit., p. 206.

