Per la storia del pensiero giuridico moderno

42

L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO

STRUMENTI, DESTINATARI, PROSPETTIVE

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO
FIRENZE 6-7 NOVEMBRE 1992

a cura di PAOLO GROSSI

Milano - Giuffrè Editore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PREMESSA

Si pubblicano qui gli 'Atti' dell'Incontro organizzato in Firenze dal nostro Centro nei giorni 6 e 7 novembre 1992. Della genesi e delle motivazioni dell'Incontro ho detto nelle ' Parole introduttive ', e lì, nelle pagine che più avanti le riproducono, il lettore potrà appagare il suo desiderio di saperne qualcosa. All'organizzatore resta soltanto la soddisfazione di constatare, a cose fatte, che l'esigenza di un Incontro fra storici del diritto medievale e moderno per parlar dei comuni problemi dell'insegnamento e del suo ruolo nei varii assetti didattici universitari era effettivamente avvertita: al nostro appuntamento ha infatti partecipato spontaneamente la quasi totalità dei docenti italiani responsabili delle diverse discipline afferenti all'area culturale.

Gli 'Atti', secondo il costume del Centro, riproducono con fedeltà i lavori svóltisi a Firenze nelle due giornate previste. L'unica integrazione — e graditissima — è il ' segundo testimonio ' che il prof. Carlos Petit, presente ai nostri lavori con la consueta amicizia e disponibilità, ha voluto aggiungere sulla situazione della storiografia giuridica spagnola alla ' testimonianza ' programmata di Bartolomé Clavero.

Mi auguro, di gran cuore, che questi 'Atti ' trovino uno spazio privilegiato sul tavolo di lavoro dello storico italiano del diritto, e una attenzione privilegiata da parte di lui: vi sono contenute, a mio avviso, parecchie valide, non dimenticabili, sollecitazioni perché la storia del diritto medievale e moderno — finalmente sorretta da una forte consapevolezza epistemologica e culturale, agguerrita da una coscienza vigile del proprio ruolo formativo e quindi del proprio rilievo educativo — acquisisca quella non artificiosa centralità didattica che soltanto insipienze e sordità hanno finora troppo spesso impedito di conseguire. Lo storico del diritto medievale e moderno non dovrà aver bisogno di ricorrere a sterili e meschine difese

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'ufficio per garantirsela: egli se la vedrà riconosciuta in grazia di un'azione intellettuale che lega il suo sapere alle fondazioni culturalmente irrinunciabili di un sapere giuridico oggi non più ridotto a mera tecnica e a mera esegesi.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

INCONTRO DI STUDIO
SU

" L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO "

*

A T T I

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PROGRAMMA

(così come fu diffuso agli interessati, ed effettivamente si svolse, nei giorni 6 e 7 novembre 1992)

VENERDÌ, 6 NOVEMBRE

Ore 10 - Paolo Grossi, *Parole introduttive*

Ore 10,15 - Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia - *Quale « manuale » per quale storia del diritto*

Tavola rotonda con Manlio Bellomo (Univ. Catania), Adriano Cavanna (Univ. Cattolica Milano), Vincenzo Piano Mortari (Univ. Roma I)

Presiede Giulio Vismara (Univ. Milano)

Ore 15 - Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia - « *Storia del diritto italiano* »: *articolazioni disciplinari vecchie e nuove*

Tavola rotonda con Raffaele Ajello (Univ. Napoli I), Antonio Padoa Schioppa (Univ. Milano), Mario Sbriccoli (Univ. Macerata)

Presiede Ennio Cortese (Univ. Roma I)

SABATO 7 NOVEMBRE

Ore 9 - La storia del diritto e i suoi diversi destinatari
La storia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza

Testimonianze di Natalino Irti (Univ. Roma I), Gustavo Zagrebelsky (Univ. Torino)

La storia del diritto nelle Facoltà di Scienze Politiche

Testimonianze di Vittor Ivo Comparato (Univ. Perugia), Lorenzo Ornaghi (Univ. Cattolica Milano), Pierangelo Schiera (Univ. Trento)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La storia del diritto nelle Facoltà di Lettere e Storia

Testimonianze di Ovidio CAPITANI (Univ. Bologna), Elena FASANO GUARINI (Univ. Pisa), Raffaele ROMANELLI (Univ. Pisa)

Presiede Michele SCUDIERO (Univ. Napoli I - V. Presidente C.U.N.)

Ore 15 - STORIA DEL DIRITTO: ESPERIENZE TRANSALPINE
L'esperienza tedesca

Testimonianza di Michael STOLLEIS (Univ. Frankfurt am Main - Direktor Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte)

L'esperienza francese

Testimonianza di Maurice QUENET (Univ. Rennes - Prés. Ass. Historiens des Facultés de Droit)

L'esperienza spagnola

Testimonianza di Bartolomé CLAVERO (Univ. Sevilla)

Ore 18 - *La storia del diritto nell'ordinamento universitario italiano: passato, presente, futuro*. Conclusioni di Luigi BERLINGUER (Univ. Siena)

Presiede Pio CARONI (Univ. Bern)

I lavori si sono svolti, nelle due giornate congressuali, presso la Sala di Luca Giordano, nel Palazzo Medici Riccardi (via Cavour 1), gentilmente concessa dalla Provincia di Firenze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAROLE INTRODUTTIVE

Vorrei tranquillizzare i miei uditori. Non sto infatti per leggervi una Relazione introduttiva, ma qualcosa di assai più modesto. Il nostro non è infatti un Congresso con un tema specifico da approfondire scientificamente, ma piuttosto un Incontro fra Colleghi coinvolti in una stessa vicenda scientifica e didattica; non vi sono pertanto previste Relazioni, bensì soltanto ' interventi ' e ' testimonianze ', quasi a sottolineare che il momento essenziale sta nel colloquio fra di noi, in una discussione sperabilmente ricca.

Queste mie — come è scritto chiaramente nel programma — sono unicamente parole di saluto (e di avvio ai lavori) da parte di chi ha l'onere di dirigere oggi il Centro di Studi, che si è fatto promotore dell'iniziativa. Saluto con affetto tutti i Colleghi, in particolare quelli venuti con disagio da sedi lontane, e dò un benvenuto cordiale ai giovani e giovanissimi studiosi, che mi è caro constatare in buon numero in questa sala. Alcuni ringraziamenti: a Giangualberto Archi e a Giuseppe Pera sempre sensibili alle nostre esigenze; al Preside della Facoltà giuridica fiorentina, Vincenzo Varano, che, al pari dei suoi predecessori, non ci fa mancare solidarietà e aiuti, e che mi fa piacere vedere ora in mezzo a noi; agli Amici, infine, che hanno accettato di dare un contributo attivo e a cui molto si dovrà per il successo della impresa comune.

Lo scopo dell'Incontro era segnato chiaramente già nella lettera circolare da me diffusa fra tutti i Colleghi il 3 marzo 1992: creare, in un delicato momento della vita delle Facoltà giuridiche italiane e in cui ci si pone tanti interrogativi sul ruolo degli insegnamenti raccolti al di dentro e all'intorno della vecchia e inadeguata etichetta ' Storia del diritto italiano ', una occasione di colloquio e di discussione fra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli addetti ai lavori, la prima forse nella nostra storia universitaria almeno a un livello così generale.

È noto che si pone, in Italia, in modo ricorrente negli ultimi anni e anche attualmente, il problema di una riforma dell'assetto didattico della Facoltà di Giurisprudenza. Aggiungerei: giustamente, perché l'attuale modulo organizzativo è datatissimo e non risulta più alla stregua non soltanto delle esigenze formative dello studente, ma neanche delle più mature consapevolezze scientifiche. Dopo il naufragio dei risultati (ormai risalenti al 1986) di una Commissione ministeriale di studio e di proposta presieduta da Leopoldo Elia, sta in questi mesi lavorando — e non è lontana dal termine delle sue fatiche — una nuova Commissione voluta dal Ministro Ruberti e confermata dal Ministro Fontana. Compito primario di questa Commissione è l'individuazione e la definizione di quelle che la Legge 341 del 1990 chiama ' aree disciplinari ', ovverosia di quei complessi disciplinari omogenei che debbono ritenersi essenziali e perciò obbligatoriamente presenti nel piano di studi di ogni discente.

Intendo già la domanda pressante che voi mi ponete: il nostro complesso disciplinare costituirà una ' area ' nel senso della Legge 341? Come membro della Commissione ministeriale, non sono in grado di anticiparvi nulla di definito. Posso però dirvi che, allo stato dei nostri lavori, ci sono fondate speranze di una soluzione positiva. Con piacere vi segnalo, senza timore di svelare nulla di riservato, che, nella Commissione, ho potuto constatare una diffusa coscienza del rilevante valore della dimensione storica per la formazione di un giurista; debbo però ugualmente darvi conto di alcune perplessità sulla nostra azione didattica all'interno delle Facoltà giuridiche. Quando io ho cominciato a far parte della Commissione — ed era il giugno scorso — avevo già espresso e consolidato l'intendimento di organizzare questo Incontro, ma me ne sono sinceramente compiaciuto. La disponibilità e insieme le perplessità manifestate senza prevenzioni da Commissari autorevoli, teorici e pratici del diritto di altissimo rango, mi confermavano infatti nella convinzione che cultore del diritto positivo e storico del diritto dovevano ancora fare dei passi innanzi nelle loro rispettive consapevolezze culturali e che, per quanto ci riguarda, l'Incontro cadesse assai opportuno e fosse un primo contributo in tal senso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il giurista positivo deve rendersi conto che la dimensione storica del diritto (al pari di quella filosofica e di quella comparatistica) non può non essere valorizzata al massimo in seno a una Facoltà giuridica almeno per due elementari ma fondamentali motivi: innanzi tutto, perché sta in ciò un vero e proprio salvataggio scientifico per il diritto, che, esaltato nella sua intima e connaturale storicità, riconquista la sua cifra più autentica: di non essere artificio o forzatura o sovrastruttura, ma storia vivente, espressione fedele cioè d'una civiltà che vive la propria storia in tutta la sua ricchezza; in secondo luogo, e conseguentemente, perché egli deve temere la propria solitudine di esegeta di un testo normativo, comprendendo che il senso del diritto gli sarà rivelato pienamente, al di là delle contingenze particolari legate alla vigenza di una regola, dalla familiarità con lo storico, con il filosofo, con il comparatista e con i loro irrinunciabili apporti. Quando il nostro non dimenticato Bognetti ebbe a dire (1) riprendendo una espressione felice di Max Ascoli (2) che « nell'ordine della sapienza civile pochi hanno cura d'anime quanto uno storico del diritto », anche questo intendeva: il cultore del diritto positivo ha bisogno di noi, del nostro messaggio, che gli porti i puntelli critici e le direttive di orientamento provenienti da chi — non circoscritto alla dimensione monca del presente — fa i conti con la ricchezza di esperienze giuridiche compiute ma sempre le coglie come punti d'una lunga linea, individua radici ma profila anche sentieri verso il domani.

In relazione a ciò debbo tuttavia onestamente confessare che l'odierno giurista, quello culturalmente provveduto (e ve ne sono, grazie a Dio, nelle nostre Facoltà italiane) e non il leguleio da strapazzo, una siffatta consapevolezza l'ha acquisita e la tiene come ferma degnità metodologica; anche in seno alla Commissione ministeriale non ho ascoltato voci contrarie in proposito e nemmeno

(1) Cfr. Giampiero Bognetti, *L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi e il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia del diritto italiano*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XVII-XX (1944-47), p. 193.

(2) È infatti Max Ascoli che, in quell'autentico gioiello della letteratura filosofico-giuridica italiana rappresentato da *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928, parlando della filosofia del diritto, accenna a « quella disciplina che ha come particolare funzione la cura d'anime nell'ambito del diritto, l'accoglimento delle confessioni provocate dalle crisi di coscienza giuridiche » (p. 10). Citiamo dalla edizione originaria e non dalla recente ristampa, che ne ha fatto l'editore Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dubbi. Alcune perplessità, come dicevo, hanno invece avuto ad oggetto la nostra azione didattica. Io spero che si abbia, in questo Incontro, il coraggio di operare un bilancio individuando realisticamente e impietosamente il positivo e il negativo, i torti e le incomprensioni del giuscivilista e del giuspubblicista ma anche i nostri torti, le nostre sordità. Se vogliamo — e credo che dobbiamo volerlo —, se vogliamo pretendere uno spazio di rilievo, occorre esser pronti per un cómpito tanto onorevole ma tanto oneroso.

Io, collega fra i colleghi, una sola cosa mi prendo la libertà di sottolineare: ed è l'auspicio che lo storico del diritto si senta maggiormente (e sempre più) a suo agio inforcando gli occhiali del giurista. L'amico Michael Stolleis — che è qui con noi — si meraviglierà di un simile auspicio e — avvezzo a un assetto delle Facoltà tedesche improntato a una sostanziale unità della scienza giuridica e dove lo storico del diritto è quasi sempre anche insegnante di discipline giuridiche positive — lo riterrà pleonastico, forse inutile. Io, contemplando la situazione italiana, mi sento di ripetere l'auspicio, perché puntualizza una insensibilità o, tutt'almeno, una troppo relativa sensibilità, che ingenera nei nostri riguardi sospetti e perplessità, proponendoci addirittura come dei corpi estranei calati per sbaglio nella comunità dei giuristi.

Né si tratta — si badi bene — di un espediente tattico per superare diffidenze e assicurarci furbescamente un ruolo maggiore; si tratta, al contrario, di attuare una più appagante corrispondenza al nostro reale statuto scientifico. Il problema è, cioè, anzitutto, epistemologico. Se noi crediamo — e io lo credo fermamente — che il giuridico sia una dimensione autonoma della sfaccettata e complessa realtà sociale; se crediamo — e io lo credo fermamente — che non si debba spegnere la storia del diritto in una vaga e fumosa storia sociale; se teniamo — e io ci tengo fermamente — a segnare con precisione confini e contenuti del nostro oggetto conoscitivo, allora è semplicemente un atto di coerenza elementare la conoscenza degli strumenti di analisi scientifica appropriati a percepirlo, valorizzarlo, definirlo. Né si dica che insistere su questa valenza 'tecnica' significhi indulgere a una visione formalistica e riduttiva della ricchezza storica, e risecchisca lo storico del diritto in un analista di forme avulse dall'incandescenza complessa del reale. Che lo storico del diritto, da giurista qual'è, maneggi gli strumenti tecnici del giurista,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vuol dir soltanto che egli deve maneggiar strumenti specifici e adeguati a valorizzare soprattutto *una* dimensione del sociale.

Non si abbia un infondato timore della tecnicità del nostro sapere, giacché ' tecnico ' qui vale semplicemente per specifico, è l'occhiale appropriato per mettere a fuoco l'aspetto della realtà che ci interessa, un aspetto — il giuridico — che non imponiamo artificiosamente a quella realtà ma che è ad essa squisitamente ontico (3).

Questo è il nostro *métier d'historiens*, questa è la strada per corrispondere appieno al nostro statuto scientifico, ma — permettetemi di aggiungere — è anche questa la strada per corrispondere appieno alle istanze dei colleghi storici sociali, paleografi, diplomatisti, perché è la strada per dare un contributo concreto e preciso alla caratterizzazione di tutto intiero il paesaggio storico in cui il più ristretto paesaggio giuridico si situa. Io insisto — ma è sicuramente sfondare una porta aperta — sul valore altamente espressivo delle tecniche giuridiche, espressivo di tutto quanto sta dietro il (e al di là del) diritto: assetti strutturali, dinamiche sociali, idealità, ideologie. Lo storico-giurista che, studiando i documenti altomedievali di gestione fondaria, individua le concessioni enfiteutiche e quelle meramente locatizie separando in grazia della sua conoscenza tecnica le concessioni *causa meliorationis* (com'è nell'essenza dell'enfiteusi medievale) dalle concessioni di un godimento già attuale alla data di stipulazione del contratto (com'è nell'essenza della locazione), disegna ed esalta ben al di là delle apparentemente aride ed inespressive formule notarili tutto un complesso paesaggio agrario; la sua pagina è per il generico storico della agricoltura un prezioso strumento evocativo di dati strutturali, di dissodamenti in atto o già avvenuti, che gli schemi contrattuali nella loro peculiarità giuridica — miglioratizia o meno — segnalano con sicura limpidità.

Direi di più: lo storico generico ha bisogno che lo storico-giurista analizzi da giurista la documentazione (che del resto, è, per buona parte, formata da atti giuridici) e che non deponga dal suo

---

(3) Ripeto qui quanto ebbi già occasione di rilevare in alcune mie pagine risalenti ormai a diversi anni fa: *Sulla ' natura ' del contratto* (*qualche nota sul ' mestiere ' di storico del diritto, a proposito di un recente ' corso ' di lezioni*), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15(1986), p. 593 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naso proprio quelli che io chiamavo, un momento fa, gli occhiali del giurista. Mi viene a mente quanto, in questa sala, ormai sette anni fa, nell'àmbito di un felice Convegno organizzato dal nostro Centro per l'appunto sul tema-problema dei rapporti fra 'storia sociale' e 'storia giuridica', diceva conclusivamente, a termine della sua Relazione, a noi storici del diritto, la voce non certo sospetta di Jacques Le Goff: «surtout soyez vous-mêmes» (4), con un invito a non stemperare in inutili e dannosi genericismi la 'tecnicità' — e quindi la precisione — del nostro sguardo. Una tecnicità, che io credo debba essere puntigliosamente conservata, anche se perennemente avvivata dalla coscienza di tutto il resto che preme sulla dimensione giuridica, la condiziona, la modifica.

Ho potuto rendermi conto del valore in ogni senso altamente espressivo delle tecniche giuridiche in una mia recentissima esperienza di studio risalente appena alla scorsa estate. Studiavo un significativo civilista francese operante tra Otto e Novecento, Raymond Saleilles, e ne studiavo soprattutto il suo impianto scientifico generale, la sua concezione delle fonti e della interpretazione del diritto (5). Orbene, decisamente chiarificatore anche di questo piano elevato e superiore è stato uno sguardo attento a certe analisi squisitamente tecniche nell'interno della costruzione di istituti civilistici apparentemente inespressivi e che taluno si sarebbe sentito incautamente in diritto di trascurare. Un esempio: la cessione del debito. Dietro la dimostrazione di Saleilles — inzeppata di sapienza tecnica — della possibilità di una successione a titolo particolare nel debito, emerge, nello sfondo, l'idea di un rapporto obbligatorio perfettamente svincolato dalla personalità del debitore e di una conseguente mobilizzazione della qualità di debitore, emerge però anche il tentativo di oggettivizzazione del rapporto obbligatorio come la folta circolazione economica del capitalismo evoluto sembrava pretendere; e, sempre dal filtro del minuto espediente tecnico,

---

(4) Jacques Le Goff, *Replica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* — Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 26-27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986, p. 450.

(5) Per la preparazione del saggio: *Assolutismo giuridico e diritto privato — Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, che sta per apparire negli *Studi in onore di Luigi Mengoni*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergevano concezioni limpide sui rapporti fra Codice e scienza giuridica, sulle possibilità creative della scienza e sui suoi limiti.

Se lo storico del diritto si sentirà maggiormente a suo agio con gli occhiali del giurista sul proprio naso, io sarei ottimista sulle possibilità di dialogo fra lui e il cultore del diritto positivo, ciascuno munito d'un suo specifico territorio e d'una propria inabdicabile competenza, ma l'uno in dialogo fitto con l'altro, l'uno mai completamente solo rispetto all'altro. Ho l'impressione che di questa familiarità l'uno e l'altro abbiano bisogno. Ho l'impressione che da questa maggior familiarità esca sdrammatizzato il problema del nostro ruolo all'interno dell'assetto didattico delle Facoltà giuridiche italiane.

Ma un altro auspicio io vorrei sottolineare ai Colleghi, e questo era già chiaramente fissato nella stessa lettera invitatoria: che, sul piano della organizzazione scientifica e didattica, non ci si ritenesse soddisfatti delle passate acquisizioni, ma si porgesse maggiore attenzione nel valorizzare una ricchezza, che è ancora — per buona parte — inutilizzata o non convenientemente utilizzata.

Mi spiego subito con una domanda, che pongo in primo luogo a me stesso e poi a voi tutti: crediamo veramente che la attuale articolazione scientifico-didattica del nostro complesso disciplinare — con la disciplina centrale ' Storia del diritto italiano ' in esponente e con la tradizionale costellazione di discipline secondarie così come risulta dagli Statuti dei singoli Atenei — sia appagante in ordine a un colloquio culturalmente provveduto con giuristi, politologi e storici, e soprattutto sia adeguata alla odierna formazione di uno studente in Giurisprudenza? O non è, piuttosto, realistico ammettere che quelle etichette e partizioni non esprimono adeguatamente il patrimonio culturale, di cui siamo, in qualche misura, oggi i portatori, e la ricchezza culturale che dovremmo, in qualche modo, partecipare allo storico generico, al politologo e al giurista di diritto positivo? Non è, allora, giunto il momento di interrogarci sullo stato dei nostri studii, sulle nostre espresse e inespresse consapevolezze culturali, sulle doglianze aperte o velate sulle nostre inadempienze, per tentar di disegnare nuove, certamente non artificiose o velleitarie, articolazioni organizzative per la comunicazione del nostro sapere, articolazioni che corrispondano insieme alle nostre acquisizioni metodo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logiche ultime e anche alla diffusa richiesta che l'Università italiana ci rivolge?

Non io debbo dare una risposta a questi interrogativi e, innanzi tutto, verificarne la legittimità. Sarà il nostro Incontro a farlo come uno dei compiti non ulteriormente dilazionabili. Su un punto mi permetto di richiamare la vostra attenzione. Credo che si dovrebbe cominciare dallo sbarazzarsi di una etichetta 'Storia del diritto italiano', che unicamente un — a mio avviso, non giustificabile — misoneismo potrebbe indurci a conservare. Già in seno alla Commissione Elia sia io che il Collega Padoa Schioppa — quali suoi componenti — fummo concordi nel proporre - proposta allora accettata — la nuova intitolazione 'Storia del diritto medievale e moderno'. Questa intitolazione ho oggi riproposto in seno alla Commissione ministeriale attualmente sedente e Vi segnalo che la Commissione l'ha con sentita adesione accettata, con il solo parere contrario del professor Filippo Gallo.

Non è una questione puramente nominale; si tratta di segnare invece i confini di un più ampio territorio che lo storico del diritto post-antico si propone oggi dinnanzi. Dobbiamo prendere atto che siamo assai lontani da una storiografia giuridica — quella delle nostre origini scientifiche — quasi interamente dedita a lavorare su fonti alto-medievali. Si badi: si trattò di una storiografia degnissima, cui dobbiamo rispetto e gratitudine, perché ci educò al culto del documento positivo, individuò le nostre radici riposte e, segnando i confini fra tardo-antico e proto-medievale, avviò il disegno delle inconfondibili peculiarità di un universo storico-giuridico, nonché la sua prima comprensione. Oggi non siamo chiamati a smentire alcunché, ma ad arricchire, a constatare che le nostre indagini e la nostra azione didattica si vanno sviluppando — e si debbono sviluppare — anche in ben altre direzioni: le sistemazioni del diritto comune classico; le sistemazioni del tardo diritto comune con una attenzione tutta nuova verso la giurisprudenza dei grandi tribunali; l'umanesimo giuridico, le sue intuizioni, le sue costruzioni; le origini dei diritti nazionali; le grandi codificazioni moderne; il costituzionalismo moderno; le peculiarità costruttive del pensiero giuridico moderno. Sono soltanto alcune indicazioni e suggestioni, e mi rendo conto che vi prospetto un elenco appena abbozzato con il solo scopo di esaltare la fertilità del nostro messaggio scientifico-didattico, una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fertilità che tutti noi siam chiamati a valorizzare se non si vuole che i nostri figli e nipoti ci rimproverino — domani — duramente per i talenti che possedevamo e che non abbiamo speso.

La dizione ‘ Storia del diritto medievale e moderno’ (io non saprei trovarne una migliore, che riuscisse e ricomprendere il nostro obbietto conoscitivo così ricco e complesso) sottolinea l’ampiezza del nostro territorio d’indagine in un panorama pluriepocale e almeno europeo, al cui rispetto la provincia italiana si pone come semplice tessera di un assai più vasto mosaico, una tessera alla quale — se vogliamo corrispondere al nostro cómpito — né possiamo né dobbiamo restringerci. Credo, anzi, che il nostro impegno debba confrontarsi proprio in questo amplissimo, forse anche sgomentante, panorama. Negli ultimi tempi, nel vuoto lasciato dalla nostra inerzia, si sono verificate molte operazioni di supplenza in questo territorio. Esse sono gradite, ma è bene ribadire che è questo il nostro cómpito primario, squisitamente nostro. Non lo dico per amore di un miserabile campanile disciplinare; lo dico, perché gli universi storico-giuridici che noi contrassegniamo sommariamente come ‘ medievale ’ e ‘ moderno ’ debbono essere indagati e possono essere autenticamente storicizzati non da chi li esamina con nella testa modelli prefabbricati di misura risalenti al presente o al passato remoto (e cioè estranei a quegli universi), ma da chi — aduso alla diuturna e paziente interrogazione di fonti aspre e ardue nella tipicità del loro linguaggio e della loro significazione storica — può chinarsi con umiltà e disponibilità a raccoglierne e fissarne i valori autonomi e peculiari, teso ad averne una piena comprensione storiografica.

Sono — queste che mi son permesso di accennarvi — semplici inezie metodiche, ed hanno il solo significato di sollecitarci alla vigilanza, invogliarci a una più acuita capacità di lettura dei segni dei tempi, spronarci ad affrontare un cammino irto di difficoltà ma forse anche fecondo; possono anche servire d’avvio ai nostri lavori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'INSEGNAMENTO IN ITALIA

Quale «Manuale» per quale storia del diritto

Tavola rotonda con:

Manlio Bellomo
Adriano Cavanna
Vincenzo Piano Mortari

Presiede:

Giulio Vismara

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIULIO VISMARA

Devo confessare che a questa Tavola rotonda giungo alquanto sorpreso. Da quando, nell'ottobre del 1931, entrai come studente nella Facoltà di Giurisprudenza (sono trascorsi sessantun anni), mi si presenta oggi per la prima volta l'occasione di prendere parte a un incontro sulla storia del diritto italiano, che ne prenderà in esame lo stato attuale, il contenuto, gli strumenti al fine della formazione di un giurista che si impegni ad essere non un semplice tecnico del diritto, ma un soggetto che opera per la realizzazione della giustizia tra gli uomini. La riflessione sul presente mira ad un prossimo futuro migliore.

Non si può dire che tali problemi per la nostra disciplina non siano stati avvertiti nel passato; ma chi li sentiva doveva provvedere da sé a risolverli, sia per il contenuto che per le forme e i modi dell'insegnamento. Occorre però riconoscere che i problemi si proponevano in un ambiente assai diverso da quello della Università attuale; alle lezioni partecipavano alcune decine di studenti, che presto si finiva con il conoscere personalmente, forniti in genere di una buona base culturale acquisita nel corso di un Liceo classico, appartenenti od aspiranti ad appartenere ad uno stesso ceto sociale, in seno al quale i migliori avrebbero esercitato la loro competenza professionale.

Il clima della Facoltà era quello del positivismo giuridico; ad esso aderivano anche molti storici del diritto per i quali la storia era storia della legislazione (spesso solo storia esterna) o delle istituzioni e degli istituti considerati nelle sole leggi, con minore interesse per le dottrine giuridiche e ancor meno della prassi.

Transitando da una Università all'altra, come richiedeva l'uso dei tempi (insegnai successivamente in sette diverse Facoltà, tra le quali una di Lettere), il professore doveva anche tener conto dei caratteri particolari che le comunità di studenti presentavano a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seconda della sede; non era la stessa cosa insegnare in una piccola o in una grande Università, in una regione piuttosto che in un'altra. Non era sempre facile inserire l'insegnamento della storia del diritto tra quelli di un collegio di docenti piuttosto che in un altro; molto dipendeva dalla persona dello storico, ma molto anche dalla sua opera di studioso e dal suo insegnamanto.

La storia dell'insegnamento della nostra disciplina nel corso del secolo che si avvia al termine potrebbe essere ricostruita con i dati forniti dagli Annali delle Università, oltre che dalle cosiddette Guide degli studenti; in tali fonti si trovano i programmi dei corsi e talvolta anche i testi suggeriti. È una ricerca cui attesi per la informazione personale. Ammiro la saggezza dell'amico Paolo Grossi, che preferisce nei problemi dell'insegnamento rivolgere l'attenzione al futuro piuttosto che al passato, alle prospettive piuttosto che ai consuntivi.

Mi accadde una volta di rivolgermi a un collega, un privatista, nella speranza di riceverne conforto e qualche utile indicazione. Mi stavo occupando della storia dei patti successori; nel medioevo la dicotomia tradizionale nella dottrina moderna tra testamento (atto unilaterale a causa di morte revocabile *ad nutum*) e patto successorio (atto bilaterale a causa di morte non revocabile) non bastava per classificre una realtà, nella quale erano presenti anche testamenti irrevocabili e patti revocabili *ad nutum*. La risposta fu lapidaria. Ciò non si trova nel nostro Codice. E vi era, purtroppo, chi considerava superfluo o addirittura inutile tutto ciò che non riguardasse strettamente la normativa in vigore, contraccambiato da quegli storici del diritto che si mostravano soddisfatti di avere rintracciato qualche frammento archeologico di una civiltà del diritto che sfuggiva loro.

L'esperienza mi ha insegnato che, quando noi parliamo agli studenti, essi ci ascoltano e ci giudicano per ciò che diamo loro, confrontandolo con ciò che attendono da noi e dalla nostra disciplina.

L'iniziativa, alla quale oggi siamo chiamati a partecipare, è quanto mai tempestiva e opportuna. È vero che si insegna storia del diritto italiano da oltre un secolo senza averne discusso l'insegnamento in un convegno, ma ora ci troviamo in un momento particolare di crisi della Università, della nostra cultura, dei nostri valori e anche della storia del diritto. Un esame di coscienza sollecita a rispondere alla domanda; quale manuale per quale storia del diritto?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'ambito degli studi giuridici la storia del diritto ha avuto accoglienza e considerazione diversa a seconda della cultura e degli interessi del tempo; non sono lontane da noi le correnti positivistiche che riducevano il giurista a mero esegeta delle leggi vigenti e riconoscevano alla storia una funzione cosiddetta culturale più o meno erudita. Essere consapevoli della civiltà del proprio tempo e del suo diritto è indispensabile perchè lo storico possa portare ad essa il suo contributo. L'insorgere di opinioni contrarie alla storia e al suo isnegnamento, che si manifestarono ai tempi della contestazione sessantottesca, ci invitarono ad una riflessione attenta da parte nostra.

Quando mi accade di ascoltare giudizi severi o riserve sulla nostra disciplina, mi chiedo di quale storia del diritto abbia conoscenza il mio contraddittore. In una Facoltà, della quale sono poco frequentati i corsi, il sapere storico-giuridico degli studenti si limita al testo che a suo tempo hanno studiato per l'esame. La responsabilità di redigere un manuale è grave, ma grave è anche la responsabilità di indicare un testo per la preparazione all'esame. Meditata deve essere la scelta dell'argomento di un corso, sia istituzionale che monografico.

Non posso dimenticare un episodio della prima esperienza di docente, professore incaricato a Parma. Al primo appello degli esami della sessione estiva, in un corridoio semibuio uno studente, che evidentemente mi aveva preso per un suo collega, mi manifestò, senza mezzi termini, la sua riprovazione per il docente che aveva indicato come testo il primo volume della Storia del diritto pubblico di Enrico Besta. Non si trovò proprio a suo agio più tardi quando, entrato nella sala degli esami, mi ritrovò al tavolo come suo giudice... Per me quell'episodio fu un richiamo a tenere presenti le difficoltà degli studenti che non possono frequentare i corsi. Qualche anno più tardi, la pubblicazione del ' Medioevo del diritto ' di Francesco Calasso divenne felicemente la base della preparazione per gli studenti, integrato da un corso di diritto privato di Enrico Besta.

Da quando, nel 1938, mi fu affidato per la prima volta l'insegnamento della storia del diritto, molti anni sono trascorsi, molte cose sono mutate: si vive una vita diversa in una società diversa, si insegna in una Università diversa. È rimasto fermo, costante lo scopo del nostro insegnamento: collaborare alla formazione del giurista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora sta per aprirsi il discorso sul manuale di una disciplina, che attende di essere ridefinita e che, forse, non è stata mai ben definita, aprendosi a volte verso la storia politica o quella economica, verso la filologia o verso quelle che un tempo erano considerate discipline ausiliarie della storia. Il manuale di storia del diritto è lo specchio che riflette la concezione attuale della disciplina e lo stato dei nostri studi; è lo strumento fondamentale per la conoscenza della materia non solo tra gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza, ma tra quanti nel nostro Paese e fuori di esso avvertono la funzione del diritto nella storia della civiltà.

Non voglio togliere altro tempo alla nostra riunione: è l'ora di ascoltare quanto diranno con la propria particolare competenza i Colleghi, che sono anche autori di manuali. Do pertanto la parola al professor Manlio Bellomo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MANLIO BELLOMO

Sono venuto a Firenze, accettando volentieri il fiducioso invito di Paolo Grossi, convinto di dover dire poco, avendo già scritto quanto mi è sembrato utile per contribuire a dare una fisionomia al campo di studi che da tempo coltivo. Essendo venuto, sono ora innanzi a voi, per rendere conto dei miei peccati. Come usava al tempo dei penitenziali irlandesi, sono qui a fare *publica solennis penitentia*, perché ad alcuni addetti ai lavori scrivere un manuale appare azione poco commendevole, di cui bisogna vergognarsi e pentirsi.

Né posso dire che questa sia opinione del tutto errata. Sappiamo bene, infatti, quale profitto trarrebbero talvolta gli studi se l'editoria venisse risparmiata dall'impazzare di pagine sconclusionate, concorsuali talvolta, o pretestuosamente o pretenziosamente didattiche.

E può darsi che ciò sia accaduto anche per i miei due manuali, « Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna » e « L'Europa del diritto comune ».

Ma c'è un peccato di cui non vorrei essere accusato e di cui non mi sento colpevole: perché scrivendo due manuali ho voluto dare una risposta nel concreto del racconto storico. Non mi ha mai appagato, infatti, la scontata genericità delle astratte esortazioni di chi, aspettando che altri faccia, indugia e si adagia in un'attesa prudente, col vantaggio di potere sempre criticare senza esporsi alle critiche altrui; né di più ho imparato da propagandati precetti metodologici, ostentati a mostra di sofferti e bene intrecciati legamenti intellettuali con le grandi filosofie studiate a scuola: troppo poco commosso, come sono stato e come sono, di fronte a rassegne storiografiche o, peggio, ad ammonimenti metodologici che ' giudicano e mandano secondo che avvinghiano ': rassegne e ammonimenti che, pur prendendo le mosse, qualche volta (ma non spesso), da rispettabili imperativi di metodo, scadono poi a mito nelle mani

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di chi ha di mira la predicazione per una qualche sua calcolata azione: una predicazione interessata, o maliziosa, per fissare graduatorie, o per giustificare un silenzio personale nel tempo stesso in cui si aspetta che altri parlino e scrivano. Che io sappia, conosco solo un'eccezione (1).

La prima domanda, che — immagino — ognuno vorrebbe rivolgermi, è perché mai, in un certo anno della mia attività di studioso e di professore, io abbia deciso di scrivere un libro che non fosse il frutto di conquiste faticate e rischiose, sulla prima linea del fuoco, sulla linea più avanzata della ricerca, ma avesse piuttosto in sé la lusinga di parlare di cose note, già note ai migliori studiosi, e parlare di territori non tolti alla verginità della foresta, ma dissodati da tempo, o almeno da tempo individuati e catalogati.

Non so di preciso e non ricordo bene. Ma affiora, alla memoria, un'immagine: di un'aula, a Messina; di un'aula della Facoltà di Giurisprudenza; di giovani che poi, nella vita, tanto successo avrebbero meritato ed hanno avuto (chi sindaco, chi massimo responsabile di confederazione sindacale, chi deputato o senatore, chi prestigioso professore d'Università, o preside almeno): ricordo giovani, dunque, fortemente motivati, e alcuni di loro brillantissimi (Mario Centorrino, economista, Massimo Basile e Raffaele Tommasini, privatisti, Gaetano Silvestri e Antonio Ruggieri, costituzionalisti, Salvatore Berlingò e Pino Casuscelli, ecclesiasticisti, Federico Martino e Lucia Sorrenti, storici del diritto, senza volere fare torto a chi qui non è nominato). Ebbene, fra i banchi, conversando, coglievo la disarmante fiducia di quegli studenti che venivano ad ascoltare le lezioni di storia del diritto italiano, assiduamente, fiduciosamente, con un'avidità di sapere ch'era inversamente proporzionale alle mie capacità pedagogiche e alle mie giovanili conoscenze professionali. Per quegli studenti io ero il 'professore': se insegnavo, dovevo sapere. Era per loro inconcepibile che io avessi potuto pretendere di insegnare poco o nulla sapendo: a meno di non somigliare ad uno di quei brillanti professori di logica, parigini, che nel secolo XII

(1) È la rassegna, ragionata e serena, compiuta da E. CORTESE, *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia: Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano* (Atti del Convegno, Messina-Taormina 3-8 Novembre 1981), Milano 1982, pp. 787-858.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insegnavano a non imparar nulla (2). Poiché a quei professori parigini io non volevo somigliare, e poiché i miei studenti di allora trovavano naturale che io mettessi per iscritto quanto dicevo a lezione, credo di essermi trovato in una via senza altra uscita, se ora il ricordo non mi inganna.

Forse quella fu la ragione scatenante. L'amor proprio si congiunse con l'autocritica e generò il coraggio di peccare. E questo comunque fu il mio primo programma e nel tempo ho mantenuto l'idea: che occorre scrivere per gli studenti e per chi coltiva altri settori del diritto o della storia solo quel che si è appreso; questa è l'idea: ch'è doveroso dare conto pubblicamente del livello delle proprie acquisite e consolidate conoscenze.

Ma non di tutte le conoscenze: perché ci capita di apprendere cose ingiuste o vane, anche contro la nostra volontà.

Per la verità io ero stato vaccinato dalla mano fermissima di Francesco Calasso. Era andata così. Giunto a Roma dalla natìa Catania, fresco di laurea, frequentavo quella indimenticabile sala di studio ch'era allora contigua allo studio di Calasso; e leggevo libri ed articoli, come mi pareva naturale. Calasso usava aprire d'improvviso la vetrata che divideva le due stanze, per un suo momento di pausa, per respirare l'aria del nostro lavoro: e fiutando il lavoro cui ero intento, mi fulminò un giorno con uno dei suoi taglienti paradossi: intimandomi — ma rideva nel dire profondissima verità — di leggere poco, se volevo capire qualcosa (3). A distanza di anni, in un brano inedito e certamente ignoto a Calasso, ho ritrovato la stessa verità. Era stato Cino da Pistoia ad invitare il lettore ad andare per le spicce nel considerare una questione disputabile: che non perdesse tempo ad elencare gli *argumenta* che *pro* o *contra* potevano portare ad una soluzione. Al grande giurista di Pistoia erano bastate appena due parole per il secco invito: « Tu cogitabis ». Nell'invocare

---

(2) Ne parla GIOVANNI DI SALISBURY, *Metalogicon,* 1.3 (PL, 199, col. 828 B; C. C. I. Webb, *Joannis Saresberiensis. Metalogicon,* Oxford 1929, p. 9): vi sono a Parigi professori che addestrano « creduli ascoltatori... e per molto denaro verberano l'aria per molto tempo e insegnano a non imparar nulla ».

(3) Ritrovo il medesimo paradosso in un brano di L. STRACHEY riportato da E. CARR, *Sei lezioni sulla storia* (del 1961), trad. italiana di C. GINZBURG, Torino 1966, p. 19: « L'ignoranza è il primo requisito dello storico, l'ignoranza che semplifica e chiarisce, che sceglie e tralascia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intelligenza del lettore Cino non aveva avuto paura di critica, anche se più tardi le sue parole sarebbero state ricordate con venatura di scherno da parte di un saccente e pedante professore, Iacopo Bottrigari jr. (4).

Bene. Un vaccino, dunque, lo avevo avuto. Come tutti i vaccini, esso mi ha dapprima provocato fortissima reazione emotiva. Ma poi mi ha preservato e protetto da quel gusto estraneo a Calasso come a Cino di mettere in fila le ragionate opinioni, le ipotesi e le tesi, di dividere i buoni dai cattivi, di parlare di ' dottrina dominante ', o di ' storiografia dominante ', di immaginare battaglie fra tesi contrapposte o semplicemente non coincidenti, con argomenti che cadono e muoiono come sui campi di guerra capitava ai fanti e ai cavalieri.

Spero, con ciò, di avere comunicato il senso e le linee del mio primo approccio all'idea di un manuale: un libro, pensavo, nel quale la storiografia su ogni argomento dev'essere marginale rispetto al testo, e non deve dominare l'attenzione del lettore; un libro nel quale fatti e personaggi e problemi devono stare al centro della scena, e starvi non come gli altri storici li hanno visti o voluti, ma solo come io riuscivo a vederli e a volerli: assumendomi io solo piena e completa libertà, e perciò stesso piena e completa responsabilità del disegno e dei colori.

Inoltre. Sulla scena non dovevano stare tutti i fatti, né tutti i personaggi e tanto meno tutti i problemi. Lo studente, o anche il comune lettore, ne avrebbe avuto grande imbarazzo e certamente inutile ingombro di memoria. Ed io mi sarei perduto — Dio ne scansi! — frammezzo ad un popolo di morti. Anche questo timore e quest'insegnamento di metodo vengono da Francesco Calasso: o, più precisamente, dall'acuta mediazione ch'egli realizzava rispetto a taluni caposaldi della filosofia hegeliana. Ma era mediazione divertita e irridente: come fece, una volta, innanzi ad un suo collega, che in

---

(4) IACOPO BOTTRIGARI jr., *Quaestio* ' Iudex sententia condempnatoria lata... ' (ms.Vaticano, Bibl. Apostolica Vaticana, Arch. S. Pietro A. 29, fol. 49ra: ed. M. BELLOMO, *Un'opera ritrovata: le ' quaestiones ' di Iacopo Bottrigari jr.*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli,* vol. I, Milano 1974, p. 154; anche in M. BELLOMO, *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali. Le ' quaestiones disputatae ',* I, Reggio Calabria 1974, p. 77 e nt. 130): « ... Et primo premitto quod Cy(nus) in lectura sua hanc questionem movet in l. fi. C. de exe(cutione) rei iudi(cate) [C. 7. 53. 9], set non decidit, immo nec arguit pro vel contra, set dicit ' tu cogitabis '... »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una conferenza s'industriava di convincere l'uditorio che il compito dello storico è di « fare rivivere un popolo di morti ». Cosa che, con lo scongiuro ovvio, sembrava a Calasso e sembra ora a me del tutto sconveniente e inopportuna, e sopprattutto di macabra scomodità.

Ho toccato così altri due punti strutturali dei miei manuali.

Primo: ho raccontato di avere selezionato fra quanto, malgrado le difese precostituite, era finito coll'entrare nel bagaglio delle mie conoscenze.

Secondo: ho raccontato di avere ricordato e trattato solo i problemi che non erano, non mi sembravano, ' morti ', avendo desiderio — come tutti — della compagnia dei vivi, né avendo alcuna curiosità di contemplare un popolo di morti che risuscitano.

Certo, ed è qui autocritica, ho perduto molto a non ascoltare moltissime voci storiografiche. Avrei potuto calibrare meglio le dimensioni, calcolare meglio il gioco delle luci e delle ombre, rendere più incisa la prospettiva. Ma se avessi imboccato la via della storiografia, avrei perduto probabilmente l'orientamento.

Mentre ad orientarmi ho tenuto fissi gli occhi sulla stella polare dello storico: sulla fonte.

Mi pare davvero impresa temeraria tentare di pensare un manuale senza avere macinato migliaia, decine di migliaia di fogli che riportano al vivo negozi, delibere d'assemblea o di parlamento, lettere regie o di magistrature regie o locali, opere di dottrina, scritture di notai e di avvocati. Come mi pare impresa temeraria tentare di insegnare da una cattedra universitaria senza avere percorso questi molteplici e accidentati itinerari.

Ho seguito la via che mi sembrava più opportuna. Ho ripensato le fonti per vedere col loro aiuto frammenti di realtà e di problemi che potessero avere ' convenienza ' coi tempi attuali. Già, dico ' convenienza ', dal ' cum venire ', perché voglio adoperare la splendente parola (non solo splendida, ma proprio splendente) che fu di Rosario Gregorio (5) — grandissimo storico dei fatti di Sicilia, e peccato sia poco conosciuto dai più giovani —).

---

(5) R. GREGORIO, *Introduzione allo studio del dritto pubblico siciliano,* Palermo 1974 (rist. anastatica, con introduzione e indici a cura di F. Martino, Messina 1970): v., ad esempio, p. 2: « ... di quei [tempi] massimamente, che... convenienza hanno coi nostri... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora devo spiegare le ragioni delle scelte basilari che ho fatto: non solo scelta per scrivere manuali, ma prima ancora scelta di vita di studioso: perché il medioevo, e non l'età moderna (6)? E, nella mia visione, quale ' convenienza ' ha il medioevo coi felicissimi tempi attuali?

Quando mi pongo queste domande scatta un ricordo pressante, di parole scritte in una fase eroica dell'unità nazionale italiana, negli anni della speranza e della fede, quando sembravano realizzarsi le utopie settecentesche e quando, per l'esistenza dei nuovi codici

---

(6) Devo sgombrare il campo dai detriti di equivoci, che pure vorrei ritenere impossibili, e da improbabili e improponibili polemiche: anche perché, come ho appena chiarito nel testo, non mi interessa di andare a caccia di polemiche, ritenendo ben più utile e produttivo procedere sempre nel concreto di un racconto storico. Ma è opportuna la prudenza: perché può capitare che un ascoltatore o un lettore, predisposto per inclemenza della natura a distrarsi nell'ascoltare o nel leggere, o predisposto per altre ragioni della sua natura a manipolare quanto ascolta o legge, possa intendere o pretendere di intendere la mia personale predilezione per il medioevo come un rifiuto dell'età moderna, o peggio come una sacrilega condanna del diritto moderno e di chi ne fa, o tenta di farne, la storia. Da quanto sto per dire non può desumersi un simile giudizio. Il rispetto e l'amore che ho sempre avuto per la storia del diritto moderno mi tengono certamente lontano da una qualsiasi pazza tentazione. Del resto anch'io ho dedicato attenzione e studio, ripetutamente, all'età moderna: ne ho indagato problemi specifici come il diritto di famiglia (*Considerazioni storiche su un progetto di riforma del diritto di famiglia*, in *Scritti sulla riforma del diritto di famiglia,* a cura di E. Russo, Milano 1973, pp. 539-548), la condizione giuridica della donna (*La condizione giuridica della donna in Italia. Vicende antiche e moderne,* Torino 1970, pp. 63-228), l'età della codificazione, della decodificazione e i secoli della crisi del diritto comune (*L'Europa del diritto comune,* 6 ª ed., Roma 1993, pp. 11-43 e 217-249), il diritto di patronato (*Famiglie borghesi e patrimonio ecclesiastico a Calascibetta fra Cinquecento e Seicento. Per la storia del diritto di patronato in Sicilia*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli,* vol. III, Milano 1988, pp. 25-61); ne ho anche studiato e ricostruito qualche linea storiografica, in particolare per la Sicilia (*Problemi e tendenze della storiografia giuridica siciliana tra Ottocento e Novecento*, in *Atti del Convegno Internazionale per la celebrazione del Centenario della Società Siciliana per la Storia Patria,* Palermo, ottobre 1975, vol. II, Palermo 1977, pp. 989-1004). E per concludere su questo punto, mi tocca purtroppo di dire un'ovvietà: che il medievista non può capire la storia moderna se la considera come appendice della storia medievale, e che neppure il modernista può capire e rappresentare la storia medievale se la giudica un infelice preludio della storia moderna. E lascio da parte, ovviamente, perché questa non è la sede adatta per parlarne, il problema apertissimo della periodizzazione della storia medievale e moderna (dal ' lungo medioevo ' di Jacques Le Goff — secoli XII-XVIII —, ad altre proposte analoghe antiche e recenti — per esempio, di Roberto Lopez —).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

freschi e odorosi di stampa, molti avevano la certezza d'essere usciti da una bocca d'inferno e d'essere entrati nel regno della giustizia e dell'ordine, garantiti da una legge centrale e fondamentalmente unica, il codice, appunto, la legge eguale per tutti. Le parole che ricordo sono state scritte da Ippolito Nievo: che con i lampi proprî del letterato ha bene interpretato l'insofferenza del Settecento nei confronti dell'*ius commune* e dell'*ius proprium*, in una pagina ch'era, a metà dell'Ottocento, come la memoria del navigante: di un navigante che, sfuggito alla tempesta, cullava il suo nuovo tempo e il sicuro riposo nelle acque tranquille di un porto. Nel descrivere lo stato della legislazione e dell'amministrazione della giustizia nella cadente Repubblica Veneta Ippolito Nievo così si esprimeva:

> « Quanto a giustizia io credo che la cosa stesse fra cani e gatti... In generale quello era il regno dei furbi; e soltanto colla furberia il minuto popolo trovava il bandolo di riscattarsi delle sofferte prepotenze. Nel diritto forense friulano l'astuzia degli amministrati feceva l'ufficio dell'*equitas* nel diritto romano [comune]. L'ingordigia degli officiali e dei rispettivi padroni segnava i confini dello *strictum ius.* » (7)

Un panorama di orrenda realtà contemplato ancora per un attimo, a compiacimento di un tempo migliore conquistato anche col sangue, a motivazione di una lotta che aveva a proprio fine, nobile e consolante, una società giusta, ordinata, finalmente libera e felice.

Non deve stupire che nel confronto col passato così giudicasse il presente e l'immediato vicino futuro chi, come Ippolito Nievo, s'era fatto combattente, coi Mille, per rendere una l'Italia, fino al supremo sacrifico della vita.

Eppure, oggi, alla fine del secolo nostro, alla fine del secolo di tutte le rivoluzioni, chi può credere ancora che per merito dei codici dell'Ottocento e della scienza codicistica e della giurisprudenza codicistica che su di essi si sono radicate tutto sia diventato ordine e giustizia? C'è qualcuno, fra i giuristi, c'è qualcuno, fra noi, ancora sicuro che i tempi moderni abbiano sconfitto e relegato nell'oscuro passato « il regno dei furbi »? che i codici e le leggi ordinate abbiano

---

(7) I. Nievo, *Le confessioni di un italiano,* Cap. I (cito dall'ed. Einaudi, Torino 1956, p. 27).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soffocato e impedito « l'astuzia degli amministrati »? che « l'ingordigia degli officiali e dei rispettivi padroni » non sia più la pratica inquinante della quotidiana vita civile?

Ecco, dunque, che come per improvvisa inversione prospettica Ippolito Nievo sembra rivolgere le sue chiare e appassionate parole non al passato del suo medioevo di terrore e di ingiustizie, ma ad un futuro che a lui era ignoto, al suo futuro ch'è il nostro presente: qui truffatori e imbroglioni, trecconi e manigoldi, e posso usare le parole del Nievo, qui « ingordi officiali coi rispettivi padroni ». Un giudizio sul medioevo, ch'era stato dato sull'onda lunga del pensiero riformatore del Settecento, diventa improvvisamente un giudizio sui decenni che sono seguiti alla seconda guerra mondiale, sui decenni che intrecciano e rendono significativa la nostra stessa vita.

Perciò, perduta la fede nei codici, cade l'illusione di una legge suprema e ordinatrice, mentre dilagano e diventano sempre più devastanti le centinaia di migliaia di leggi vigenti catalogate dalla Corte Costituzionale della Repubblica d'Italia. Può tornare la memoria al passato? « Legge di Verona dura da terza a nona »; « legge fiorentina fatta la sera è guasta la mattina ». Può tornare la memoria di un tempo che rivela sorprendenti analogie col nostro, nel male più che nel bene? I due tempi s'incontrano, ' convengono ', stanno insieme: questa è la ' convenienza ' del presente col passato, che mi rende attuale, attualissima, l'età del diritto comune. Età, com'è noto, che vide fiorire tutti i particolarismi locali e regionali, e talvolta anche nazionali, ma vide anche una legge unica, certa, pensata addirittura come eterna, espressione feconda di un ricchissimo mondo ideale, forza unificatrice che ignorava frontiere e barriere, fossi e steccati.

C'è dunque una ragione che induce a cercare il rapporto con un passato a noi non vicinissimo dal punto di vista cronologico. C'è un filo di luce che illumina la scena e consente una rilettura fresca e senza pregiudizi di testi che il Settecento ha vituperato nell'ansia dell'azione e per la necessità dell'azione politica: e vorrei aggiungere, ha ' giustamente ' vituperato nel contesto in cui il giudizio aveva bisogno di formarsi per essere arma affilata dell'azione politica. Ma al di là di quell'ansia, al di là di quelle necessità politiche, c'è ora una ' convenienza ' che aiuta il recupero di una preziosa esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intrecciata dialetticamente fra l'unità del diritto comune e la pluralità degli *iura propria.*

Da storici abbiamo dunque l'obbligo di storicizzare ogni giudizio, ogni movimento di idee, ogni azione di uomini. Quanto il Settecento più illuminato ha pensato ed ha scritto sull'età medievale, quanto il Settecento ha consegnato all'Ottocento fertile ed operoso, tutto dev'essere riletto storicamente: il giudizio nostro, di storici, ha e deve avere a proprio oggetto uomini e popoli che negli ultimi due secoli trascorsi hanno avuto bisogno di condannare il passato più lontano per rifiutarlo e tentare di superarlo, che hanno avuto quel bisogno di condannare soprattutto per giustificare e sostenere nel concreto dell'azione la loro speranza, la loro lotta, il sogno di un mondo migliore.

Il soggetto non può essere identico all'oggetto: il giudizio dello storico non può essere identico all'oggetto dello stesso giudizio. Vorrei qui ricordare Edward Carr, per un suo giudizio sulla storiografia ottocentesca: che « raggiunse una scarsa comprensione del Medioevo, perché provava un disgusto troppo forte per le superstiziose credenze di quell'età e le barbarie che esse ispirano, per potere rappresentare e comprendere gli uomini di allora » (8).

Rappresentare e comprendere: ecco quanto mi pare — e non è idea isolata, né peregrina — che competa allo storico: non il compito di giudicare con l'arroganza del presente un'epoca antica, non il compito di condannare e rifiutare il passato per compiacersi delle c. d. ' evoluzioni storiche ', ma solo il compito più modesto ma non meno esaltante di comprenderlo e legarlo al presente, al futuro, nel *continuum* dell'esperienza che dà forma all'esistenza civile e fisionomia ad un popolo.

Per chi conosce i miei due manuali avrei ancora poco da aggiungere: perché credo di avere ripercorso tutt'intera la vicenda nascosta ma non segreta che sta dietro al primo di essi e porta dritto al secondo.

Il primo, come ho detto, è « Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna ». Il suo nucleo più risalente è

(8) E. Carr, *Sei lezioni sulla storia,* cit., p. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato scritto nel 1971 (9), e copriva solo pochi secoli, dal XII al XV. Il tessuto originario s'è poi allargato nel 1976 (10), e da allora il libro ha incontrato favorevole accoglienza fra colleghi di Giurisprudenza e di Scienze Politiche, studiosi di storia medievale delle Facoltà di Lettere e Filosofia, studenti. Poi vi sono le epoche (secoli VI-XI) e le pagine che ho aggiunto nella terza edizione, del 1982 (11), e di nuovo rivisto, ampliato e aggiornato soprattutto nella quinta edizione, del 1991 (12).

Il secondo manuale è « L'Europa del diritto comune »: la cui prima edizione, timidamente tentata a Lausanne nel 1988 (13), si è esaurita tanto rapidamente da costringere l'editore a successive frequenti edizioni e ristampe, fino all'ultima, del 1991 (14). Il libro s'è trovato in un punto favorevole della ruota della fortuna: tanto che ora, dopo le numerose Facoltà giuridiche italiane, anche alcune Università degli Stati Uniti s'apprestano ad adottarlo come libro di testo in un'edizione in lingua inglese che, curata a Chicago da Lidia Cochrane, procede in questi mesi e vedrà la luce a Washington agli inizi del 1994 (15).

È proprio in questo più agile manuale che ho centrato l'attenzione sulla necessità di rileggere storicamente le pagine delle utopie e dei sogni, dei progetti arditi e anche dei grandi successi del Settecento illuminato come dell'Ottocento attestato nella fiducia nei

---

(9) *Societa e diritto tra medioevo ed età moderna,* ed. Facoltà di Lettere e Filosofia, Messina 1971, pp. 184.

(10) *Società e istituzioni in Italia tra medioevo ed età moderna,* Giannotta, Catania 1976, pp. 366.

(11) *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna,* Giannotta, Catania 1982, pp. 490.

(12) *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, Giannotta — Il Cigno Galileo Galilei, Catania — Roma 1991, pp. 520. Agli inizi del 1993 è stata pubblicata la sesta edizione, rivista nel testo e integrata con numerosi indici analitici (mancanti nella quinta edizione): *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna,* Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1993, pp. 558.

(13) *L'Europa del diritto comune,* Galileo Galilei, Lausanne 1988, pp. 234, 1 carta.

(14) A Lausanne-Roma ancora nel 1988 per le edizioni ' Il Cigno Galileo Galilei '; poi a Roma per la medesima Casa editrice nel 1989 (terza e quarta edizione, pp. 247, 1 carta) e nel 1991 (quinta edizione, pp. 270, 1 carta). Agli inizi del 1993 è stata pubblicata una sesta edizione, Roma 1993 (pp. 270, 1 carta).

(15) Sarà edito dalla « The Catholic University Press » di Washington.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codici e nell'idea stessa di codice come legge unica capace di garantire la più rigorosa eguaglianza di trattamento giuridico per tutti i cittadini di uno stato unitario. Perché — ho osservato — è solo storicizzando i giudizi e gli attacchi illuministici contro il diritto comune che possono essere tolte di mezzo le lenti deformanti che, frapposte fra noi e il più lontano passato, non hanno consentito una serena riconsiderazione e ricostruzione della realtà del diritto comune: che non fu, come ho tentato di mostrare, solamente la realtà confusa e barbara di uomini violenti e rissosi, né solamente la realtà di fedeli superstiziosamente, o ingenuamente, fiduciosi nell'atto di affidarsi alle Sacre Scritture e alla Chiesa; che non fu solo disperazione e tragedia per le malvagità degli uomini e per le catastrofi della natura. Non fu insomma quell'età connotata di sole linee negative, come l'ha vista e condannata un Settecento « smanioso di riformare ordinamenti », per adoperare le parole di Piero Calamandrei (16). È per tale esigenza che il mio manuale sul ' Diritto Comune ' s'apre con un capitolo ch'è dedicato interamente sia alla vicenda europea della codificazione, sia alla fase della crisi del codice, della crisi dell'ideale ch'esso ha rappresentato, della crisi di una scienza giuridica codicistica e di una giurisprudenza codicistica: in breve, è dedicato anche all'età della decodificazione, secondo la felice espressione che dà titolo all'acuto saggio dedicato da Natalino Irti alla storia e al diritto (17).

È difficile capire le ragioni per le quali un libro riesce ad avere largo contatto con un vasto pubblico di lettori e studiosi. Ma dal mio punto di vista vorrei che le ragioni del successo non dovessero essere ricercate solamente nella qualità dell'opera compiuta, ma piuttosto nella vitalità intrinseca dei temi enucleati ed esposti: vale a dire, nella 'convenienza' dei problemi vissuti in epoche distinte, lontane, ma ora divenute vicine a noi per sofferti comuni problemi (18). Vorrei anche che questa vitalità fosse alimentata ed esaltata dalla nostra

---

(16) P. Calamandrei, *Prefazione e Commento* a Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* 2ª ed., Firenze 1950, p. 67.

(17) N. Irti, *L'età della decodificazione* (1ª ed., 1972), 2ª ed., Milano 1986.

(18) Scrive E. Carr, *Sei lezioni sulla storia,* cit., p. 41: « ... si potrebbe benissimo dire, per esempio, che oggi siamo più vicini al Medioevo di quanto fossero i nostri bisnonni un secolo fa... »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ansia, dal nostro desiderio, dal bisogno e dalla necessità di conoscere un mondo che si pensava tramontato per sempre, perduto, da ignorare e da dimenticare, soprattutto quando la civile Europa si compiaceva di credere che veramente la legge fosse diventata eguale per tutti, che non esistessero più perché non avrebbero potuto mai più esistere gli « ingordi officiali coi rispettivi padroni », né più esistessero sette note o coperte, né corporazioni, né consorterie, a fare velo o a fare scudo contro leggi chiare ed oneste.

Devo solo un'aggiunta finale: che non è chiosa, né ripetizione di cose dette, ma è problema che s'apre nell'atto in cui ci riappropriamo di un ricco passato ch'è il comune passato d'Italia e d'Europa.

Scopriamo, se vogliamo, scopriamo che per secoli, dal secolo XII al secolo XV almeno, l'Europa intera del continente ha avuto straordinarie, incrollabili certezze, nel diritto, quali mai più ne avrà fino ad oggi: e, in connessione, i giuristi hanno avuto straordinari, intoccabili strumenti di potere, di cui si sono serviti con convinzione, con passione o con fredda astuzia, con ingenuità o con lucida coscienza ([19]). Certezze che possono apparire ingenue, se considerate in astratto, al di fuori dei contesti in cui venivano sentite e adoperate; certezze ingenue, come possono apparire, se poggiavano solamente su un'assoluta fiducia nell'eternità e nel valore delle riscoperte leggi di Giustiniano e delle grandi compilazioni della Chiesa universale (ma perché mai riscoprire quelle leggi? perché mai compilare i canoni della Chiesa?); certezze ' formali ', come possono essere giudicate da altri. Ma certezze non marginali, perché la fiducia nei testi legislativi dei prìncipi della terra si legava all'idea corrente che assegnava al principe la funzione altissima di interprete: per quell'idea toccava al principe mediare fra l'eterno inattingibile dei valori assoluti e il contingente caduco del quotidiano; toccava al principe-interprete imporre la misura all'uomo ch'è imperfetto per la sua originaria dannazione divina. Il principe era visto non solo

([19]) È tema, questo, su cui mi sono più volte soffermato, perché centrale anche nell'ordito dei miei manuali: ma per una trattazione specifica v., soprattutto, M. BELLOMO, *I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune,* in *Legge, giudici, giuristi* (Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981), Milano 1982, pp. 149-161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come legislatore, ma anche e soprattutto come interprete privilegiato della scintilla divina impressa da Dio nel cuore e nell'operato dell'uomo: il principe era l'interprete terreno e imperfetto di una giustizia eterna che al modo di Dante l'uomo potrà mirare solo quando uscirà dalla selva oscura per entrare nella luce della conoscenza perfetta.

Perciò v'è un'accezione tutta peculiare del diritto comune come « diritto positivo » che non ha esatto né puntuale riscontro nel linguaggio e nei concetti del giurista moderno. Come ha rilevato Mario Libertini leggendo il mio manuale sul diritto comune e scrivendone in un saggio recente (20), la positività del diritto comune non discende dall'atto formale di un legislatore che dà norma statale, ma trascende la dimensione statale e, vorrei dire, terrena (o, per quei tempi, di un regno o di un *commune civitatis*) e ponendosi sopra di essa e fuori della stessa attività legislativa crea ed offre un incrollabile e immodificabile metro di giudizio, un vincolo ineludibile, un punto di riferimento fondamentale da cui nasce la possibilità stessa d'essere giuristi, cui si ritorna quando, da giuristi, si deve agire nel quotidiano della vita individuale e collettiva.

Ecco: questo è veramente il dialogo che io intendo proficuo e anzi necessario col giurista di oggi. Non un incontro pretenzioso da una parte o dall'altra, né un incontro mesto, distratto, di maniera, se vogliamo anche di buona maniera, durante il quale il giurista interroga lo storico del diritto e gli chiede qualcosa sui precedenti cosiddetti ' storici ' dell'ipoteca o della successione ereditaria o di altro istituto, e lo storico del diritto risponde diligentemente, come sa, come può, cominciando ad arbitrio dal diritto romano, o dal diritto longobardo, o dal diritto comune, o — per esibire modernità — solo dai tempi della rivoluzione francese. E troverei pure deludente un incontro che servisse per favoleggiare dei sovrani malvagi e cattivi, che, come il re Giovanni, tanto male nel passato si sono comportati nei loro regni (21).

Sono ora giunto alla mia ultima considerazione.

Forse mi sbaglio, ma io credo che un manuale deve servire non

---

(20) M. Libertini, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista,* in *Rivista Critica del Diritto privato,* 8 (1990) pp. 119-154.

(21) Così E. Carr, *Sei lezioni sulla storia,* cit., p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo per gli studenti, che un manuale di storia del diritto o di diritto comune dev'essere pensato e scritto in modo che sia utile a chi coltiva altri campi della storia; sono anche convinto che un manuale di storia del diritto o di diritto comune dev'essere utile ai giuristi: non perché vengano soddisfatte le pur legittime curiosità sul cattivo re Giovanni, non perché ci si compiaccia di vedere quanto più degni e bravi e civili siano diventati gli uomini alla lezione della storia, ma perché — nel confronto fra epoche che hanno 'convenienza' fra loro — si tenti di capire com'era possibile una vita civile in Europa se nei territori di essa e fra i vari rigidi ceti di essa v'era un dilagare di consuetudini e d'altre norme giuridiche del tutto particolari e incostanti, locali, regionali, regnicole, corporative, consortili, familiari, monastiche, canonicali etc., ma v'era al tempo stesso un'unica legge comune, positiva nel senso appena chiarito, un unico diritto su cui, in ogni parte d'Europa, si formavano giuristi che avevano lingue nazionali diverse ma identica fede, la stessa identica cultura, lo stesso identico profilo professionale.

Non mi pare che l'opera sia inutile. Voglio dire, l'opera di recuperare la memoria del passato giuridico medievale e di recuperarla con gli occhi nostri, di oggi, e non con gli occhi del Settecento illuminato proteso verso riforme radicali. Qualche risultato certamente possiamo raggiungere: e capire almeno una linea di quella nostra fisionomia di giuristi dell'Europa continentale che ci fa diversi dai giuristi della tradizione anglo-americana.

Se mai al contrario qualcuno volesse condannare il medioevo senza averlo studiato e senza averlo osservato da vicino con interesse e con amore, se mai qualcuno pensasse che così sia necessario di fare, ebbene, tutti, per necessità di logica, dovremmo essere conseguenti: e dovremmo subito qui deprecare e condannare, e insieme progettare seriamente di distruggere, questa splendida città medievale di Firenze; e con Firenze medievale dimenticare Accursio, e Giotto, e Dante, fiorentini del medioevo di Firenze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ADRIANO CAVANNA

« Quale manuale per quale storia del diritto ». Questo non è un interrogativo, ma uno strale. Maledettamente penetrante. Paolo Grossi l'ha tratto dalla sua faretra al momento giusto. E quando, se non ora, andava riproposta l'antica e inquietante domanda? Le lancette della storia segnano l'eclissi degli estremismi politici studenteschi, la massificazione delle Facoltà di Giurisprudenza italiane (divenute giganteschi esamifici), l'approssimarsi della integrazione europea dei titoli di studio e dell'esercizio delle professioni legali, il prender forma della cosiddetta autonomia universitaria: il tutto nel contesto di Facoltà - Parcheggio dalle strutture e dalle attrezzature sclerotizzate, popolate per un verso da una moltitudine studentesca sempre meno preparata dagli studi ' secondari ' e sempre più falcidiata dalla ' mortalità ' universitaria, per altro verso da corpi insegnanti sempre meno incentivati all'attività a tempo pieno e sempre più esigui rispetto alle formidabili esigenze di un'istruzione superiore di massa (1). Queste sono le Facoltà da cui oggi escono i giuristi destinati ad affrontare non solo il dramma politico, economico e morale di un Paese che entra zoppicando nell'Europa, ma anche la più grave crisi della giustizia e della certezza del diritto dal tempo dell'Unità ad oggi: giuristi destinati a soffrire, peraltro, di tutti gli squilibri provocati in seno alla scienza giuridica dalla caduta delle vecchie certezze formalistiche.

« Quale manuale, per quale storia del diritto ».

Io credo che la formula presupponga in realtà un quesito che la precede e che riguarda l'identità professionale e scientifica di chi pone la formula stessa: « quale storico del diritto »? E penso che tale

(1) Fa il punto della situazione, con lucida e articolata analisi, A. Padoa Schioppa, *Per una riforma degli studi universitari di giurisprudenza in Italia*, estr. da *Il Foro italiano*, novembre 1991, V, 517.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quesito retrostante abbia a sua volta alle spalle la vera domanda prioritaria: « quale giurista »?

Sì, « quale giurista ». Perchè lo storico del diritto, per suo statuto personale, non è nè storico della società, nè storico della politica, nè filologo. È vero che egli non compie anacronistiche separazioni fra diritto e scienze umane (2), che non si immobilizza nella specificità del suo campo d'indagine (e cioè nel giuridico come pura forma), che la dimensione giuridica è da lui intesa come dimensione giuridica di una società (3). Ma è anche vero ch'egli non pospone l'oggetto della propria conoscenza — il diritto — al suo metodo conoscitivo. Egli è fondamentalmente un giurista (4).

Orbene, oggi l'interrogativo « quale giurista » proviene prima di tutto dai cultori del diritto positivo. Lo sappiamo bene: sono loro per primi, ovviamente, che pongono il problema del ruolo del giurista nella società contemporanea. È in particolare una insoddisfatta e irrequieta civilistica che, più o meno a partire dagli anni Settanta, va prospettando l'immagine di un nuovo giurista, cioè di un nuovo interprete del diritto positivo. È il momento dell'antiformalismo. La crisi del positivismo legislativo e scientifico appare irreversibile, anche se non chiusa. Non tutti la proclamano, ma tutti ne sono consapevoli (5). Sono superati il giuslogicismo e il dogmatismo. Sono relegate nella mitologia giuridica le operazioni concettuali, sistematorie e definitorie presupposte come rigorosamente e astrattamente immuni dall'influenza dei valori etico-politici. È liquidata l'idea che l'interpretazione si esaurisca nel mero trattamento tecnico-filologico del dato normativo. Oggi si rivendica al ragionamento giuridico una dimensione, in senso lato, ' politica '. Ma se i risultati delle operazioni interpretative dipendono *anche* dalle scelte

---

(2) Sul problema v. P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, negli Atti dell'undicesimo incontro di studio di Firenze 26-27 aprile 1985, Milano 1986 (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 22), p. 5 ss. e M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, ibidem*, p. 127 ss.

(3) SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, cit., p. 130.

(4) A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 154-157.

(5) Una limpida illustrazione e una perspicace diagnosi del fenomeno in G. BOGNETTI, *La cultura giuridica e le Facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo Ventesimo. Abbozzo di una storia*, Milano 1991, in particolare pp. 1-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che il giurista compie fra valori diversi, se la scienza giuridica non si riduce ad un discorso esegetico o dogmatico intorno a un diritto già formato, allora vuol dire che il giurista svolge un ruolo partecipe nella formazione stessa del diritto. Vuol dire che egli non è semplice operatore del diritto, bensì, attraverso proprie valutazioni, operatore delle trasformazioni del diritto stesso: costruttore del giuridico accanto al legislatore. Che egli è presente, attivo, all'*interno* e non già all'esterno dell'ordinamento positivo (6).

Ecco: questo è il significato della svolta registratasi nella dottrina italiana e venutasi a profilare con particolare nettezza a partire dagli anni Settanta. Il giurista, si può dire, è passato da una concezione neutralmente tecnica a una concezione in qualche senso 'politica' della propria attività intellettuale (7): si è responsabilizzato, emancipato di fronte ad uno sprovveduto legislatore. E che ciò si traduca in concreta esperienza, attraverso uno sfruttamento smaliziato di pur corrette tecniche ermeneutiche (o addirittura attraverso un uso spregiudicato della carta costituzionale come parametro interpretativo-innovativo della legislazione ordinaria) è fenomeno che sta sotto gli occhi di tutti (8): ne nasce quel 'diritto vivente', quella *law in action* (9) che è frutto di una continua, massiccia supplenza giurisprudenziale al legislatore.

Questo fenomeno di trasferimento del potere di produzione del diritto (peraltro antico come l'idea stessa di legge) si collega oggi, in Italia, a quella incoerente e inflazionata legislazione, di bassa fattura

---

(6) Mi limito a queste due citazioni: P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni Fiorentini*, 17, Milano 1988, pp. 517-532; L. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, estr. da *Enciclopedia giuridica*, XV, 1988.

(7) G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, 1, p. 157 ss.

Per la odierna possibilità — una volta caduta l'illusione della neutralità della decisione giurisprudenziale — di individuare nella scienza giuridica la fonte di legittimazione della giurisprudenza v. C. CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, in *Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche*, Atti del Convegno Milano 26-27 ottobre 1984 (= *Jus* 1985, 3), p. 430 ss. e L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina, ibidem*, p. 469 ss.

(8) TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali*, cit., p. 158 s.; BOGNETTI, *La cultura giuridica*, cit., pp. 40, 151.

(9) Sulle implicazioni problematiche del concetto e le sue *nuances* v. L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Ius*, 1988, 1, p. 14 ss., in particolare p. 20, n. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e d'impronta partitocratica, che caratterizza il nostro Stato assistenziale. E a tale alluvionale legislazione si connette poi da un lato la vicenda, di per sè problematica, della ' decodificazione ' (10), d'altro lato una politicizzazione in senso partitico di vasti settori della giurisprudenza e della dottrina.

Ora, il fatto interessante è che in questa situazione la ricerca di una nuova immagine del giurista si traduce in una ' domanda di storia '. La ridefinizione del ruolo non può infatti passare che per la storia, cioè per una storicizzazione del proprio sapere da parte del cultore del diritto positivo. Questo sapere viene da lontano. È sovraccarico di storia, di già pensato da altri intelletti. Anche il nuovo impiego che il giurista ne rivendica viene da lontano. E poi la storia — solo la storia — smitizza il diritto quale oggetto di culto positivistico e formalistico (11).

Ma la ' domanda di storia ' richiede una risposta dalla storia, cioè dalla storiografia giuridica. Ed è questo il momento di porsi l'interrogativo: « quale storico del diritto? ». Ebbene, il buon storico del diritto è colui che, da giurista, è in grado di richiamare il cultore del diritto positivo alla storicità del ragionamento giuridico: storicità ineliminabile, perchè connotato essenziale del diritto stesso (12). Storicità peraltro legata, da più di un filo, a un altro carattere del diritto altrettanto ineliminabile: al suo essere, sempre, anche giurisprudenziale (13).

E risalgo così al quesito che ho spostato al terzo gradino: « quale manuale di storia del diritto? ».

Mettiamo in chiaro un punto. Il contributo liberatorio che lo storico del diritto può offrire alla cultura giuridica contemporanea

---

(10) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1990[3]. A quest'opera, che mantiene tuttora la sua carica stimolante, è opportuno aggiungere le pagine recentemente dedicate dall'Irti a *I cinquant'anni del codice civile* (Collana critica Scheiwiller, n. 19) Milano 1992.

(11) Culto formalistico del diritto che può (deve) essere storicizzato per se stesso, secondo la tesi enunciata da R. AJELLO, nel noto *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, tesi che l'Autore non ha cessato di sviluppare.

(12) Interamente attraverso il « criterio-guida » della storicità del diritto si svolge il grande libro di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987 (cfr. in particolare p. 14).

(13) L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975[2], e *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha come primo destinatario, in ordine di precedenza logica, il giurista in formazione. È questi, anzitutto, che ha bisogno di conoscere il mondo degli antenati. È principalmente con riguardo a lui che la storia del diritto è condizione per formare la coscienza giuridica, chiave per entrare ad occhi aperti nell'universo della giurisprudenza.

Stando così i fatti, la chiave meglio forgiata si rivela la sintesi a lunga portata cronologica, cioè il manuale. Sintesi, perchè un libro di iniziazione non può essere che un misto di compendiosità e maneggevolezza (non può essere che *compact*, come Bentham chiamava il suo *Pannomion*). A lunga portata, perchè il tempo del diritto (specialmente del diritto privato) non conosce altra misura che non siano i secoli.

Un manuale dunque. Ma questa è una parola che spinge su un terreno di sabbie mobili e di serpenti. Pensiamoci bene. Dal momento che scienza giuridica e storia giuridica non sono separabili (14), ecco che nello storico del diritto si agita quella stessa ansia di rottura, quella stessa volontà di svecchiamento antiformalistico che anima il cultore del diritto positivo. La ricerca di un modo nuovo di fare diritto diventa nello storico ricerca di un modo nuovo di fare storia del diritto: cioè ricerca della formula magica per superare il doppio rischio dell'isolamento dalla storia (che significa separatezza dal sociale) e dell'isolamento dal diritto (che significa o filologismo antiquario o al contrario sociologismo selvaggio). Un manuale di storia del diritto, oggi, è una autentica calamita per queste ansie. Lo è ben più che una qualunque monografia. Ed è una calamita altrettanto irresistibile per tutti gli abbagli metodologici immaginabili. Calamita di guai. E di critiche di colleghi dissenzienti, tra i quali non manca mai qualche cecchino.

Eppure resta vero che il manuale, per l'identità peculiare dei suoi destinatari, costituisce il paradigma in assoluto del compito più alto dell'educazione universitaria.

Non voglio pontificare ridicolmente su come oggi si deve o non

---

(14) ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 332 ss.; cfr. P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva « Introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, p. 540.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si deve fare un manuale di storia del diritto. Simili prescrizioni sarebbero ineleganti anche per la stesura di una guida turistica. È appena appena accettabile che racconti come mi sono cimentato io a farlo, questo benedetto manuale. Come sia riuscito a vincere la soggezione per la grande Patristica della storiografia giuridica (ammesso che ci sia riuscito, perché ancor oggi talune ombre ieratiche incombono corrucciate sulla mia pochezza). E come mi sia azzardato ad affidare alle onde la mia caravella. Non è stato un peccato di presunzione? Non ho sottovalutato i rischi dell'avventura? « Vivrai più saggiamente, o Licinio », cantava il vecchio Orazio, « badando sia a non spingerti verso l'alto mare sia, per timore delle tempeste, a non stare troppo accosto alla pericolosa riva ».

« *Rectius vives, Licini* ». Quante volte mi sono ricordato dei versi famosi.

E il veliero di carta ha preso il via. Ora sono quindici anni che naviga nell'arcipelago delle Università italiane: più di una vela è lacera, più di un pennone è spezzato. Il fasciame tiene. Un po' di soggiorno in cantiere per il rattoppo delle avarie non nuocerebbe. Ecco la diagnosi. Provvisoria naturalmente. E mi auguro non impudente.

Ciò che per ora non cambierei è appunto la struttura portante del vascello. Nè cambierei la rotta che esso segue. Ed esco dalla metafora oraziana (o colombiana): potrei alleggerire il libro (che non è *compact* a livello ottimale) di cento, duecento pagine, e di un bel po' di dati. E in compenso potrei integrare nello spazio ottenuto qualche ingrediente essenziale ingiustamente escluso. Ma terrei ferme le coordinate spazio-temporali che inquadrano il contenuto del testo.

« Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico »: questo è il titolo. Una inquadratura ordinatoria che mi ha permesso di svolgere la trattazione seguendo una direttiva privilegiata: quella della storia della giurisprudenza (che è come dire storia della cultura giuridica, storia delle operazioni intellettuali dei giuristi e dei loro prodotti, o addirittura storia dell'esperienza giuridica, se consentiamo che la scienza giuridica sia la stessa esperienza giuridica ai livelli alti e consapevoli della razionalità ([15])).

([15]) P. GROSSI, *Pensiero giuridico (Appunti per una « voce » enciclopedica)*, in *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, p. 267.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Insomma: storia di un sapere tecnico produttivo di diritto, ecco il motivo guida.

La scelta ' modernistica ' esige una precisazione. Intorno alla metà degli anni Settanta la proverbiale battuta di spirito, risalente a Jemolo e cara ad Ascarelli, secondo cui « la storia del diritto italiano si ferma alla scoperta dell'America » (16), colpiva ormai solo in parte il bersaglio. L'interesse della nostra storiografia giuridica, fino a poco tempo prima effettivamente concentrato, per vocazione ancestrale e per tradizione inveterata, sul Medioevo, aveva infatti cominciato a dilatarsi anche all'età moderna. Già deserto storiografico per buona parte della sua estensione, il dopo-Medioevo iniziava ad essere attraversato dalle piste di numerosi pionieri. Si capisce che di esploratori isolati ce n'erano già stati. Ce n'erano sempre stati. Ma ora la percentuale dei ' modernisti ' andava aumentando secondo una riconoscibile tendenza di fondo.

È una vicenda scientifica nota, metodologicamente collegata alla crisi del formalismo (17).

Ma per ciò che riguarda opere di sintesi concepite o solo semplicemente impiegabili come manuali universitari di storia del diritto moderno, ebbene, quindici anni fa l'arguta facezia di Jemolo corrispondeva ancora a verità: essa non tracciava la caricatura, bensì il ritratto fedele della storiografia giuridica italiana.

Le venerande, ma metodologicamente datate trattazioni generali di storia del diritto italiano, peraltro costruite anch'esse secondo un prevalente interesse medievistico, erano inutilizzabili.

In questa situazione, di quali testi poteva disporre il docente che volesse aprire i propri corsi a una visione di sintesi del diritto moderno? Che volesse cioè allargare lo sguardo a quegli spazi ove risuona un linguaggio via via più familiare anche al giurista positivo?

---

(16) P. Ungari, *Saggi recenti in tema di codificazioni. Ragguaglio*, in *Quaderni Fiorentini*, 2, 1973, p. 779; cfr. Cavanna, *La storia del diritto moderno nella più recente storiografia*, cit., p. 1.

(17) E. Cortese, *Storia del diritto italiano*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, pp. 787, 816, 855; Cavanna, *La storia del diritto moderno nella più recente storiografia*, cit., pp. 16-17; C. Ghisalberti, *Storiografia giuridica*, in *La storiografia italiana degli ultimi vent'anni* (a cura di L. De Rosa), II, *Età moderna*, Bari 1989, p. 455 ss.; A. Mazzacane, *Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea*, in *Scienza e politica*, 6, 1992, p. 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per la loro eccellenza e il loro respiro si prestavano indirettamente allo scopo le opere romanistiche del Koschaker (18) e dell'Orestano (19) (la traduzione italiana della eminente « Storia » del Wieacker era ancora in preparazione (20)). Erano appena comparsi, da ultimo, due libri interessanti: quelli del filosofo del diritto Tarello (21) e del romanista Cannata (22), che per la loro concezione al passo con i tempi potevano anch'essi svolgere una valida funzione suppletiva.

Quindici anni fa c'era dunque più di un motivo che spingesse lo storico del diritto italiano a sciogliere le vele per inoltrarsi nel ' moderno '. Bisognava superare il « panmedievismo », anche al livello degli strumenti didattici. Certo. Ma io ero allora convinto (e lo sono ancor oggi) che la formula « basta col panmedievismo » non significhi « basta col Medioevo ».

È vero che la storia del diritto moderno ha una sua riconoscibile autonomia: basterebbe pensare all'incidenza di quella sorta di rivoluzione copernicana del pensiero occidentale che è la secolarizzazione (23). Ma è altrettanto vero che la storia del diritto fra XVI e XIX secolo (specialmente la storia del diritto privato) non è comprensibile senza appoggio sui precedenti medievali, senza tener conto cioè che quel diritto ha un solo impianto, un solo fondamento genetico: quello del XII secolo, il grande secolo decisivo per le sorti della tradizione giuridica occidentale e della scienza *moderna* del diritto. È l'unità dell'esperienza del diritto comune, quella di cui parlo, contraddistinta per sette secoli dalla stessa tecnica di costru-

---

(18) P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. A. Biscardi, Firenze 1962.

(19) Cfr. n. 12.

(20) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I-II, trad. it. di U. Santarelli - S.A. Fusco (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 6-7), Milano 1980.

(21) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.

(22) C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino 1976^2. Di lì a poco sarebbero comparse le opere di C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1979, di V. PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1980 e di R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna 1980.

(23) Tema fondamentale, su cui v. l'importante *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno* (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 11-12) a cura di L. LOMBARDI VALLAURI e di G. DILCHER, Milano 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del diritto e dallo stesso ceto di tecnici suoi produttori ([24]): vicenda di un diritto giurisprudenziale segnato certo dal volgere dei secoli, ma cresciuto secondo costanti e intorno a un nocciolo inalterabili; tradizione di una giurisprudenza europea qualificata sino alla fine dallo stesso uso del *corpus iuris*. Insomma: tra Cinquecento e Ottocento quella del diritto moderno è storia di un diritto che vive una lunga crisi di emancipazione perché rimasto strutturalmente non moderno. E a me è parso che un manuale — di storia del diritto moderno appunto — non potesse fare a meno di un *minimum* medievistico di sostegno.

Non credo invece abbisogni di giustificazioni l'inquadratura europea del libro: un libro che parla del diritto comune e dei suoi giuristi, della recezione della tradizione romanistica, del giusnaturalismo, della codificazione. Già ben prima di quindici anni fa la tradizionale angusta prospettiva italocentrica era solo un relitto metodologico e ideologico. E non penso neppure che sia stata una bizzarria l'aver dedicato la parte finale del libro alla formazione storica del diritto inglese: anche la *common law* — antipode e insieme compagna di strada dello *ius commune* nel segno della giurisprudenzialità — è stata sostanza viva del diritto medievale e moderno dell'Europa occidentale. E mi si permetta una postilla: se l'allargamento del manuale alla *common law*, che è operazione didattica volutamente riparatoria ed emancipatoria, non trova sostegno nella tradizione della storiografia giuridica 'italianistica', ne trova invece tra gli studenti, che mostrano altrettanto interesse per il genio giuridico degli *oracles* di Westminster che per quello dei *doctores* di Bologna.

Vorrei dire infine qualche parola su quella che ho chiamato poco fa la rotta del vascello, cioè sul progetto educativo che è il nucleo del libro. Soprattutto tale rotta non correggerei ora. Tanto varrebbe buttar via il volume e cambiar mestiere. Il manuale è a tesi; non è comodamente descrittivo, o informativo. Ha un suo messaggio pedagogico. Se non l'avesse, che manuale sarebbe? La tesi l'ho enunciata nella Introduzione. Lo so che così si appare autori di un'operazione non neutrale. Infatti. Ho cercato di fare una mia piccola politica culturale e tanto valeva dichiararla in partenza:

([24]) CAVANNA, *La storia del diritto moderno nella più recente storiografia*, pp. 17-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

almeno ho potuto assoggettare a controllo le convinzioni espresse e impedirmi di proiettarle metastoricamente sul passato.

Ho pensato che — se lo storico del diritto ha tra i suoi compiti quello di contribuire a formare la coscienza giuridica, e se questo suo ruolo può essere determinante soprattutto nella fase della educazione universitaria dell'uomo di legge — allora valeva la pena di scrivere il libro postulando come ottimale una certa immagine di giurista. E assumendola come una scommessa che metta conto di fare, non come un perbenistico miraggio, destinato a dissolversi nelle durezze della vita post-universitaria. In fondo occorre non dimenticare che la stragrande maggioranza della classe dirigente italiana proviene dalle Facoltà di Giurisprudenza ([25]).

L'immagine proposta è quella di un giurista che si sente chiamato in quanto tale a una qualche progettazione. Quel giurista ha un suo convincimento etico: non è uno scettico e piccolo bottegaio del diritto, cui sono familiari solo il calcolo, i trucchi e l'interesse. Per lui non sono unicamente la ricchezza, il potere, il successo a dar senso alla vita professionale. È un giurista colto, avvertito che il suo strumentario tecnico è tratto da un prodigioso deposito sapienziale di regole di giustizia che una ultramillenaria tradizione *europea* di esercizio della ragione giuridica ha messo a disposizione dell'uomo contemporaneo. Quel giurista è affrancato senza complessi dalle illusioni formalistiche: si sente portatore di una giurisprudenza critica, in grado di supplire alle mancanze del mediocre legislatore odierno ([26]). Qui, però, siamo al punto nodale. È il punto deontologico. La consapevolezza dello spazio concesso alle valutazioni etico-politiche dell'interprete non può far dimenticare che il dato normativo — quando c'è ed è certo — vincola pur sempre in qualche modo chi l'interpreta. Il buon giurista si sente in equilibrio fra queste due dimensioni contrapposte. Lavora *con* il diritto, ma anche *per* il diritto. Il diritto ha un suo superiore potere. Non è semplice materiale tecnico maneggiabile a piacimento. Non è tutto irrazionalmente riducibile a ideologia. In particolare, ha un suo

---

([25]) PADOA SCHIOPPA, *Per una riforma degli studi universitari*, cit., p. 5.

([26]) A questo riguardo mi riconosco in pieno nelle recenti, già citate osservazioni del GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, p. 529 e del LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza*, p. 8 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primato sulla politica: ha certe sue coordinate interne, certe strutture ontologiche (27) che lo rendono per vari aspetti indisponibile alle manipolazioni di parte. E anche agli interessi di ceto.

Il buon giurista rispetterà questi limiti ontologici invalicabili.

Ma cosa farà quando, come avviene quotidianamente, non troverà più vincoli, ma occasioni di supplenza, e dunque spazio di intervento? Ebbene, lavorerà ancora una volta disinteressatamente per il diritto, per costruire un diritto positivo che egli ritenga il più possibile — il più umanamente possibile — prossimo alla giustizia. Ed è giustizia tutto ciò che è ordinato alla crescita della persona umana: è questo umanesimo il valore più alto conservato nel deposito bimillenario della sapienza giuridica occidentale. Lo storico del diritto può mostrarlo testi alla mano.

Voglio ora concludere con un ricordo personale, che suona un po' come metafora di ciò che è il senso complessivo del mio discorso.

Una mattina di cinque o sei anni fa mi avviavo all'Università, attraverso le strade di una grigiastra Milano autunnale. In preda a un pessimismo cinereo come la nebbia, non avevo voglia di far lezione. Valeva la pena di sgolarsi di fronte a una platea anonima, effimera, indifferente di 'parcheggiati'? Valeva la pena di sforzarsi di comunicare con un'altrettanto anonima minoranza di 'eletti'? Ma proprio davanti all'Ateneo, là dove gli immancabili giornali murali studenteschi tappezzano lateralmente l'ingresso, un cartellone ha attirato la mia attenzione. Durante gli anni della contestazione universitaria ero stato spesso destinatario di menzioni non propriamente esaltanti nei *tatze-bao*. Questa volta però, nel loro proclama consono ai tempi nuovi, gli studenti invocavano una non ben precisata riqualificazione culturale degli studi di giurisprudenza. E per supportare la confusa, ma pur sempre generosa rivendicazione, avevano pensato bene di estrapolare quattro o cinque righe dell'Introduzione del mio manuale e di trasportarle lì, in guisa di assioma che compendiasse la loro tesi: senza paternità, ma con tanto di virgolette. Incredulo, ho letto e riletto il messaggio. Poi ho levato lo sguardo. Il cielo si era fatto azzurro, l'aria era tiepida. Un'altra bella giornata cominciava. In fondo il mio era un mestiere piacevole.

---

(27) LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., p. 197.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VINCENZO PIANO MORTARI

Ringrazio l'amico Grossi di avermi invitato a questo incontro fiorentino per fare alcune considerazioni sulla necessità, sulla possibilità e sui criteri da seguire allo scopo di realizzare un manuale di storia del diritto medievale e moderno di cui attualmente sono prive la storiografia giuridica, la scienza del diritto e la cultura storica in generale.

Sono molte le ragioni di tale grossa lacuna che contribuisce in modo grave all'isolamento della storiografia giuridica dal sapere giuridico come dall'insieme delle discipline storiche.

I giuristi chiedono quasi sempre invano conoscenze su istituzioni del passato relative non soltanto a quello a noi più vicino. Gli storici della politica, dell'economia e della società, di fronte a questo stato di cose, ritengono molto spesso di poter fare a meno di specifiche conoscenze giuridiche e di poter supplire alle loro necessità di studio attraverso dati conoscitivi in gran parte insufficienti, dimenticando che il diritto è parte costitutiva della vita civile dei popoli, non è un fenomeno astratto, all'interno di situazioni storiche determinate.

Appare veramente singolare come la storiografia dell'antichità non pensi minimamente di rinunciare agli studi romanistici per la conoscenza della storia romana, mentre gli storici delle epoche posteriori dimostrano scarso interesse ai valori giuridici del Medio evo e dell'epoca moderna.

Certo, il diritto romano si trova in una posizione particolare. Esso ha studiosi valorosi anche fuori dei paesi europei. Il bagaglio delle loro analisi intorno ai singoli istituti romani in tutti i campi del diritto ha facilitato enormemente la diffusione ed il prestigio della indiscutibile importanza del diritto romano. Non è pertanto paragonabile la situazione diversa degli storici del diritto medievale e moderno il cui minor numero è stato quasi sempre aggravato per il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sapere da ricerche quasi sempre di carattere nazionale e particolaristico. Si continua a parlare di una storia del diritto italiano, francese, spagnolo, tedesco ed inglese senza considerare che nei varî paesi gli sviluppi nelle età medievale e moderna vanno ricostruiti sulla base di fondamenti comuni, al di là delle singole manifestazioni diverse. Come è noto, gli uniformi elementi essenziali provengono dal diffondersi in Europa degli istituti dalla tradizione romanistica come pure da quella canonistica, senza trascurare naturalmente l'apporto costituito dai diritti germanici e dal persistere di loro istituti pure in Italia lungo tutto il Medio evo e l'età successiva.

Di qui un dato estremamente determinante da tener presente nella considerazione delle vicende giuridiche del nostro continente: la diffusa e persistente mancanza nei più degli studiosi di una visione di orizzonte europeo, pur nella consapevolezza delle varie recezioni romanistiche avvenute nel corso dei secoli in tanti paesi europei. Ecco perché il primo passo da compiere per superare una visione così ristretta è proprio quella di abbandonare le impostazioni di linee nazionali nel cercare di tracciare la storia giuridica dei varî Stati d'Europa. Tali impostazioni impediscono la conoscenza del suo reale divenire, alimentato sempre da una circolazione internazionale di dottrina e di prassi. Nè il fatto di attribuire in special modo ai medievalisti italiani una visione solo apparentemente universalistica esime dalle medesime responsabilità gli studiosi stranieri che soprattutto in Francia ma anche nei paesi tedeschi ed in Spagna hanno necessariamente dovuto guardare oltre i confini dei loro paesi per ricostruire i problemi dell'evoluzione del diritto. Sono particolarmente illuminanti in questo quadro opere come *L'Europa ed il diritto romano* di Koschaker e soprattutto la *Storia del diritto privato moderno* di Wieacker.

D'altro canto, la maggior parte dei manuali, elaborati in primo luogo a fini didattici ed a scopi introduttivi nella storia del diritto, non soltanto in Italia ma anche al di fuori del nostro paese, dà soprattutto notizie generali sulle trasformazioni delle fonti del regime positivo, sugli indirizzi metodologici dei giuristi del passato e sul mutamento in ogni campo delle principali istituzioni delle varie comunità statali.

In tali manuali sono stati, come si vede, quasi sempre trascurati i settori importantissimi del diritto privato, del diritto penale e delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forme del processo civile e penale con la conseguenza di omettere quasi del tutto dall'indicazione delle fonti normative, dottrinali e giurisprudenziali i loro reali contenuti, cioè quella *materia juris* che costituisce la sostanza concreta del diritto che emerge dalla dottrina dei giuristi, dalla interpretazione giuridica e dalla rilevanza della sua effettiva applicazione.

Ancora una volta un suggerimento indispensabile è pertanto quello di non separare la narrazione delle fonti del diritto dai loro concreti contenuti nell'evolversi dei tempi per evitare ricostruzioni storiografiche, indiscutibilmente utili, ma prevalentemente descrittive e soprattutto esteriori.

Sorge in tal modo un altro grande dubbio per il tentativo di elaborare un vero e proprio manuale di storia complessiva dell'età di mezzo e dell'epoca moderna. È veramente possibile allo stato attuale degli studi realizzarlo? Chi è in grado di possedere una conoscenza effettiva delle fonti e delle istituzioni giuridici di quei periodi? Umilmente bisogna riconoscere che nessuno studioso si trova attualmente nella possibilità di averla di fronte alla carenza di conoscenze istituzionali del divenire storico dei vari settori del diritto anche a scopo di semplice compilazione del lavoro storiografico compiuto nei varî paesi europei, neppure se ci si volesse proporre una divisione dell'opera in storia del diritto medievale ed in storia del diritto moderno.

A ben guardare, sino all'età delle codificazioni anche lo studioso del diritto intorno alla metà del secolo XV sino a tutto il Settecento non può mancare di esperienza del diritto comune. Nei secoli dell'età moderna la presenza del *jus commune* non ha cessato di sopravvivere e di esercitare il suo influsso prevalente in tutti i paesi europei, formando, peraltro, nel Sei e nel Settecento il tessuto di una sua nuova razionalizzazione giusnaturalistica utilizzata al tempo delle prime codificazioni moderne. Nè si può davvero ignorare che la tradizione romanistica abbia continuato ad imprimere il suo influsso nei secoli XIX e XX. Ecco quindi il compito immane che dovrebbe compiere un eventuale autore di un manuale di storia giuridica dalla fine del mondo antico ai nostri giorni se si volgesse anche soltanto alla rappresentazione delle linee generali dell'evoluzione del diritto.

Si può in certi limiti distinguere il periodo storico dell'alto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

medio evo dai tempi della scuola di Bologna, ma la lunghissima epoca del diritto comune appare più unitaria e più uniforme, malgrado il manifestarsi degli inizi del diritto moderno a partire dal secolo XVI ed il suo ininterrotto procedere nei secoli XVII e XVIII. D'altronde, tale processo si sviluppò in connessione intrinseca con le prime crisi del diritto comune, con il persistere di esso tuttavia nell'età moderna e col manifestarsi degli inizi del suo superamento in paesi come la Francia e quelli tedeschi più sensibili al risveglio di una coscienza nazionale anche nel campo del diritto. In effetti, solo le codificazioni nazionali dei secoli XIX e XX segnarono una svolta decisiva del regime positivo anteriore insieme al corso determinante della Pandettistica, del positivismo giuridico, del suo svolgersi verso il naturalismo, attraverso l'apparire del formalismo neokantiano, della successiva rinascita giusnaturalistica e quindi della forma rappresentata dall'elemento della solidarietà caratteristica dello Stato sociale del nostro tempo, tanto efficace nella sfera del diritto privato, limitativo dei diritti soggettivi ad opera dell'influsso incidente del diritto pubblico.

A ben guardare, le osservazioni finora compiute hanno avuto soprattutto lo scopo di far considerare, di fronte all'attuale stato degli studi storici carenti in tutti i settori del diritto più remoto e più recente, come non sembri possibile umanamente ad un solo studioso tracciare neppure lo schizzo di un manuale di storia del diritto per il periodo che corre dalla fine dell'antichità sino ai nostri giorni.

Quel che dico lo potrà mettere in evidenza assai chiara anche questo convegno fiorentino. In realtà mi pare realizzabile solo quanto oggi riteniamo possibile alla nostra portata, cioè il proposito esclusivo di un gruppo di studiosi volti a tentare di perseguire un tale compito in *équipe*, purché costoro siano disposti a superare le diversità di indirizzo metodologico e di impostazione che presentano le opere sorte ad iniziative di molti autori.

Appare indispensabile di conseguenza una sostanziale uniformità di concezioni almeno intorno ai problemi generali e più importanti.

Ora se si dovesse ottenere una collaborazione basata su tali presupposti per la compilazione di un'opera da realizzare in comune, come in tanti altri campi della storia umana è stato compiuto con risultati utili ed efficaci, anche in quella del diritto qualche cosa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si potrebbe raggiungere. Ma ripeto il requisito preliminare deve essere l'umiltà insieme alla consapevolezza che solo la disponibilità al colloquio reale tra gli autori può riuscire a sviluppare un lavoro in *équipe*. Un proposito che non si rivela solo di carattere scientifico ma innanzitutto un impegno civile in quanto la storia del diritto è storia dell'uomo, dei suoi valori necessari per la vita della società.

Al riguardo parole assai felici e tuttora attuali sono state dette decenni orsono da Bruno Paradisi al fine di sottolineare il metodo storiografico da usare e che gli storici del nostro tempo devono sempre tener presente. Il divenire del diritto medievale non può essere compreso senza lo studio di quello romano, che immediatamente lo precedette, e non può essere penetrato nella profondità concreta delle sue radici senza porlo in stretta connessione con l'ideale etico e religioso del Medio evo e con le condizioni materiali nelle quali si svolse lungo tutto il suo corso. Ed analogo discorso sull'insieme dei contesti storici da considerare va ripetuto per spiegare la svolta dal Medio evo agli inizi del diritto moderno. L'umanesimo ed il rinascimento determinarono un mutamente tormentato ed assai significativo nella storia giuridica, come successivamente il razionalismo dei giusnaturalisti dei secoli XVII e XVIII. Ed i giusnaturalisti accelerarono il declino dei regimi politici e normativi degli Stati europei, aprirono la strada sia alle codificazioni ottocentesche sia ai motivi di cui è intessuta tutta la vita giuridica dell'Ottocento e del Novecento. In altri termini il diritto per essere compreso non può essere avulso dalla totalità degli eventi in cui in un tempo ed in un ambiente determinati apparvero le sue manifestazioni particolari. Solo sulla base di tali profonde ragioni di ricerca gli storici del diritto potranno inserirsi nei circoli vitali dei varî momenti del divenire della cultura dei nostri giorni e costituire punti di riferimento imprescindibili anche per l'alimento delle fonti giuridiche e del pensiero dei giuristi che vivono nella nostra epoca. Ecco perché nell'elaborazione di un'eventuale sintesi storica dello svolgersi del diritto i loro autori devono proporsi di far proprio un siffatto indirizzo di indagine e di trasmetterlo con chiarezza ai cultori delle altre discipline quale che sia l'oggetto specifico dei singoli settori di studio. In realtà, tutte le varie forme del sapere concorrono inevitabilmente a far luce scambievole nelle loro distinte sfere di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricerca e quindi devono mantenersi sempre aperte sulla premessa dei loro reciproci contributi.

Che la filologia, l'erudizione siano fondamenti essenziali per lo storico di qualsiasi disciplina sono dati scontati. Ma essi pongono solo i presupposti del lavoro creativo della storiografia e non lo esauriscono affatto. Questa si prefigge scopi più elevati che può raggiungere utilizzando il vasto campo delle conoscenze umane tratte dagli altri specifici settori di studio. Soprattutto storia politica, economica, giuridica e filosofica devono procedere in un rapporto continuo di unità di intenti e di rapporti scambievoli, senza ignorare che anche le manifestazioni artistiche dei varî tempi vanno utilizzate per rendere più chiaro ed accessibile il lavoro di ricostruzione storica di aspetti significativi nel quadro soprattutto delle concezioni metodologiche dei giuristi del passato.

Non manco di insistere che il campo della ricerca storico-giuridica si rivela difficile e complicato.

Non si tratta soltanto di riuscire ad avere il possesso indispensabile dei diversi e spesso arbitrariamente distinti settori del diritto di una determinata epoca più o meno circoscritta e limitabile ma di inserire i suoi aspetti nell'insieme dei valori umani e delle condizioni materiali di cui essi sono stati eventi di vita. La difficoltà della storicizzazione dei concetti giuridici si presenta in ogni sfera del diritto ma è particolarmente acuta nel campo del diritto privato. Questo è, comunque, il settore indiscutibilmente più importante del diritto ed anche quello più lento a riflettere i tratti del decorso del tempo. In tale sfera la tradizione ed il conformismo hanno sempre operato con maggiore incidenza secondo quanto ci è offerto dall'insieme delle nostre attuali conoscenze.

Ancora una volta bisogna riconoscere i limiti più gravi del nostro sapere al riguardo. Sappiamo bene che i Glossatori hanno esplorato minuziosamente il diritto privato contenuto nel *Corpus Juris*. Ma non si può dire che il complesso del loro lavoro intellettuale sia stato ancora portato alla luce. Del resto, un discorso analogo si deve onestamente ripetere anche a proposito dell'opera dei giuristi posteriori, di quelli ancora operanti dalla seconda metà del XIII al XV secolo, come di quelli appartenenti alla scuola culta. E se con il giusnaturalismo del Sei e del Settecento si ebbe un clima ideale di rinnovamente più profondo e più chiaro, per quanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concerne la ricerca storiografica intorno a tale periodo, come pure intorno ai secoli XIX e XX, i risultati di studio si trovano tuttora ad uno stato iniziale.

Il cammino degli storici del diritto si presenta di nuovo lungo e da percorrere ancora. Né sempre i suoi cultori sono ben convinti della reale autonomia della loro disciplina, pur nell'intimo rapporto di essa con il sapere storico nel suo complesso.

È vero: i vari aspetti del diritto pubblico subiscono l'influsso prepotente della storia politica, quelli del diritto privato traggono alimento profondo dal divenire dei principi dell'etica, della religione, dell'economia. Ma l'oggetto proprio della storia giuridica, più che la considerazione dell'opera concettuale realizzata dai giuristi intorno alle diverse fonti normative, spontanee od autoritarie dei vari tempi, ha nei fatti sociali gli impulsi creativi più profondi. Le società umane hanno sempre vissuto soprattutto in base a modi di comportamenti umani che le comunità hanno tratto dalla coscienza dei loro membri, traducendoli in norme di diritto positivo e creando sul fondamento di tali presupposti leggi, consuetudini, rafforzate dal pensiero dei giuristi e dalla prassi. Quanto può sembrare arbitrio od astrazione è di solito indiscutibile realtà, concretezza per la regolamentazione normativa dei fatti dell'uomo. Le regole giuridiche delle società civili sono sempre espressioni di contesti storici complessi e nell'insieme degli eventi più svariati delle vicende umane ne sono specchio puntuale e preciso. In tal modo i fatti sociali sono espressioni continue della civiltà. I motivi fondamentali della fenomenologia giuridica si trovano in queste manifestazioni reali. Per comprenderle lo storico del diritto non può non tenerne sempre conto. E, dato il valore vincolante delle norme positive, la loro ricostruzione storiografica acquista autonomia rispetto alle vicende illustrate negli altri settori del sapere storico.

Tali riflessioni ripetono insegnamenti ben recepiti ed attuali; servono come guida indispensabile sia per gli studiosi che si propongono ricostruzioni di fenomeni giuridici particolari, sia di coloro che si volgono agli scopi più ambiziosi di tracciare le linee generali dell'evoluzione del diritto in opere di sintesi. Ma soprattutto in quest'ultimo caso il proposito deve essere quello di vedere nella storia giuridica una storia basata sugli eventi umani delle società civili. Il punto di vista giuridico, nella sua autonomia e nella sua

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinzione, si ripresenta ancora una volta come ricostruzione particolare ma totale dei momenti del divenire dell'umanità. La storia della fenomenologia giuridica è quindi storia della civiltà umana in tutto il suo complesso, anche se l'angolo di osservazione viene posto intorno alle vicende del diritto. In realtà con ciò si vuole sempre affermare un indirizzo metodologico indispensabile ai fini di avvicinare la storiografia giuridica alle varie branche del sapere storico come pure agli aspetti del diritto e del pensiero giuridico di tempi determinati e remoti.

Che la cultura in generale si trovi attualmente pronta e disponibile a far tesoro di un tale modo di ricostruire gli eventi giuridici del passato, più lontano e più recente, non si può certo affermare. Se sono pochi gli autori del sapere storico in generale attenti all'approfondimento delle ricerce storico-giuridiche, sono ancora meno numerosi i giuristi dotati di sensibilità storica e convinti di poter alimentare con gli studi dei momenti del passato le loro ricerche di diritto positivo. E se le responsabilità di tali chiusure culturali sono anche di tutti costoro, non dimentichiamo che le maggiori responsabilità ricadono a mio parere proprio sugli storici del diritto, quasi sempre arroccati nei loro castelli intellettuali, carichi soprattutto di studi eruditi e filologici e quindi riottosi allo sforzo di realizzare opere storiografiche in senso proprio. Ecco perché il nostro compito è appunto quello di riuscire a spiegare i fatti giuridici del passato presentandoli come eventi reali. Il nostro compito è quello di servirci dei dati raccolti nelle nostre ricerche per rendere comprensibile agli uomini di cultura che le manifestazioni giuridiche sono elementi indispensabili delle società umane e che solo attraverso il loro collocamento nel complesso molteplice delle proprie situazioni storiche acquistano valore e significato per l'insieme del sapere storiografico e della cultura. Di qui appare certo indiscutibile la necessità di un manuale che riesca a far comprendere ed a spiegare le fasi del diritto del Medio evo e dell'età moderna al fine di riuscire a stabilire un colloquio utile e saldo con tutti gli storici e con i giuristi. L'idea di promuoverne una sua possibile realizzazione è pertanto felice, ma non bisogna nascondere le grosse difficoltà da superare per il suo compimento.

Ho più sopra parlato della necessità di ricorrere ad un numero vario di autori al fine di evitare panorami storici generici, dato lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato attuale degli studi. Nel programma di questo incontro fiorentino non si è mancato di invitare studiosi stranieri per sentire le loro opinioni sulle esperienze spagnole, tedesche e francesi. Approvo in pieno l'idea di ascoltare quali siano le loro considerazioni specifiche e mi sia concesso di sottolineare ancora quello che costituisce il filo conduttore delle mie riflessioni.

I momenti giuridici del Medio evo e dell'età moderna in Europa hanno tratti comuni che vanno considerati nei loro rapporti reciproci più che nelle loro indiscutibili varietà e distinzioni. Di qui appare utilissimo un lavoro storiografico in *équipe* per costruire un manuale di storia giuridica europea con l'aiuto di studiosi stranieri. Dato lo svolgimento di buona parte delle istituzioni giuridiche in Italia, in Francia, in Spagna e nei paesi tedeschi è forse utopistico pensare a tale programma di lavoro in comune o non è forse più utopistico ritenere che il compito di un'opera di tal genere possa essere portato a termine dagli storici di un unico paese? Non mancano esempi sebbene rimasti incompiuti proprio nella sfera della storia giuridica. E se l'*Handbuch* in tanti volumi realizzato a cura di Coing non può considerarsi un'opera di carattere storiografico appare tuttavia una guida preziosa allo scopo di preparare in forma estremamente più agevole e breve quanto ci si deve proporre per la compilazione di un manuale didattico, divulgativo dell'esperienza giuridica europea purché costruito su elementi scientifici sicuri. L'esistenza delle diverse lingue principali europee è solo un ostacolo di carattere pratico che si può certo superare traducendo in versioni uniformi dal punto di vista linguistico i contributi scientifici dei molteplici studiosi. Gli ostacoli non sono certo questi. Le difficoltà del cammino storiografico rimangono quelle che hanno radici nei diversi indirizzi di carattere metodologico degli studiosi la cui esistenza non si può ignorare, ma che a mio parere sono superabili se si è convinti degli aspetti comuni che caratterizzano le fasi della storia del diritto europeo e che sono quelli più significativi e da mettere in luce. Senza dubbio il proposito di abbandonare i particolarmismi nazionali rappresenta, come ho già detto all'inizio di questa mia testimonianza, una difficoltà maggiore. Eppure l'abbandono di tale visione del divenire delle vicende giuridiche rivela con più chiarezza la trama ideale di cui è intessuta la storia del diritto della civiltà europea e che in ciascuno dei suoi momenti non può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certo negarsi. Nell'osservare le fasi ideali del suo svolgimento non mi pare impossibile trovare unanime accordo nel distinguere le fasi principali da tenere presenti nella formazione di un manuale di storia del diritto europeo. E concludo col riaffermare che la trattazione del succedersi storico delle istituzioni nei varî settori del diritto si deve compiere senza barriere ed isolamenti dogmatici sulla base di una concezione storiografica volta a far vedere del diritto un processo evidente del divenire umano da studiare nel quadro della totalità delle varie situazioni apparse nel decorso dei tempi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'INSEGNAMENTO IN ITALIA

«Storia del diritto»: articolazioni disciplinari vecchie e nuove

Tavola rotonda con:

Raffaele Ajello
Antonio Padoa Schioppa
Mario Sbriccoli

Presiede:

Ennio Cortese

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ENNIO CORTESE

Non posso non rivolgere *in limine* un grazie di cuore a Paolo Grossi per averci invitati a questo convegno, per aver assicurato una partecipazione così massiccia di colleghi e per aver organizzato tutto con quella cura minuziosa dei particolari ch'è il vero segno della perfezione. Si è avuto persino un sole splendente che ha reso ancor più splendida Firenze: e in un periodo meteorologicamente tempestoso, denso di minaccie di alluvioni, la cosa mostra quante entrature abbia Paolo Grossi ' colà dove si puote '.

Non so quanto sarebbe stato opportuno che i relatori concordassero — come qualcuno ha suggerito — un'armonizzazione preventiva dei discorsi per meglio indirizzarli, e indirizzare gli eventuali dibattiti, verso i problemi centrali della nostra disciplina. È certo, ad ogni modo, che i relatori presenteranno una ricca rosa di problemi e che la discussione saprà approfondirli con ordine e coerenza.

Di quei problemi, per parte mia, vorrei qui indicarne qualcuno che più mi preoccupa.

Vedo con timore, anzitutto, la disciplina avviarsi verso una scissione in due tronconi — medievale e moderno — senza che si sappia come tenerli collegati né, soprattutto, come assicurare a entrambi l'indispensabile presenza negli ordini degli studi delle Università. Nutro, poi, qualche apprensione per il futuro della medievistica: non solo mi sembra che l'interessamento alle fonti dell'età intermedia si vada in generale riducendo, ma che in particolare l'alto Medioevo sia ormai quasi completamente disertato dai giuristi. D'altronde il fenomeno si verifica anche all'estero: il che aggrava le cose, rivelando che non siamo di fronte a episodi occasionali, ma a una svolta. Di cui sarebbe bene tentar di limitare i danni almeno qui in Italia, dove il diritto continua a essere una cultura e si rifiuta di venir degradato, come altrove, in quella semplice tecnica forense ch'è di per sé indifferente ai circuiti storici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prolungati a un passato remoto di secoli o addirittura di millenni.

Vi son poi altri motivi di ansia: si può intravvedere tra l'altro qualche inclinazione a frammentare la ricerca in aree separate che hanno poca o punta comunicazione tra loro, sul piano scientifico, e segregano così le attività di lavoro in compartimenti stagni: potrebbe trovarsene un esempio nel crescere delle indagini di valore strettamente locale o d'interesse esasperatamente specialistico, magari anche pregevoli in sé, ma che rischiano di creare riserve di caccia esclusive, dalle quali gli interessati stentano talvolta a uscire. Mi pare, poi, che gli stranieri utilizzino sempre meno i nostri lavori nelle loro opere — salve naturalmente eccezioni anche notevoli — e finiscano così coll'alimentare in noi un'impressione d'isolamento. Ma qui gioca anche il fatto che la lingua italiana è sempre meno frequentata dagli storici e dai giuristi europei e americani: tanto che viene spontaneo di chiedersi se non sia il caso d'incentivare anche le traduzioni in lingue straniere dei nostri studi, anziché limitarci a curare le traduzioni di studi stranieri in italiano.

Sono problemi noti. Qualcuno potrà anche trovarli ormai scontati, o magari persino un po' troppo pedestri, terra terra.

È dunque ora che ci porti su piani culturalmente più elevati il dotto amico Raffaele Ajello. Al quale cedo la parola.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RAFFAELE AJELLO

A. *Premessa:*

Definizione del tema.

La colluvie di carta stampata, che ci sommerge ad opera della civiltà dei consumi, impone di darsi un pò d'autodisciplina e di precisare i confini di questo intervento. Ritorna d'attualità — come vedremo anche ad altro proposito — l'invito di Montaigne a far « voeu de pauvreté d'esprit » contro la *literarum intemperantia*, criticata fin dai tempi antichi (Seneca, *Epist.* CVI) e poi cresciuta, appena un secolo dopo l'invenzione della stampa, tanto da diventare un « appetit desordonnez », una « complaisance voluptueuse » (1). Il tramonto dell'essenzialismo aristotelico, ossia della « forme constante », aveva causato la perdita « du port et du visage de la verité », aveva dissolto « la plus seure assiete de nostre entendement ». Montaigne giudicava « l'esprit » degli uomini fin troppo « curieux et avide », « un utile vagabond, dangereux et temeraire », sottoposto a « continuelles mutations ». Questa era la dimensione nuova: il dinamismo teoretico. Perciò « il est malaisé d'y joindre l'ordre et la mesure » (2). Operazione malagevole, ma necessaria. Gli storici, quando si propongono di « stare ai fatti », si rivolgono analoghi autoinviti, che diventano ancor più utili in occasioni come questa dove, poiché si discute d'attualità, le evoluzioni del pensiero possono spaziare senza freni e perdere il contatto con le cose reali. In tempi già prossimi alla rivoluzione scientifica, Montaigne intendeva

(1) *Essais*, III, 12, in *Oeuvres complètes*, éd. de la Pléiade, par A. Thibaudet et M. Rat, Gallimard, Paris 1962, p. 1014.

(2) Ivi, II, 12, rispett. pp. 544, 545, 543, 541. Sul tema, I.J. Winter, *L'emploi du mot « forme » dans les* Essais *de Montaigne*, in AA.VV., *Montaigne et les Essais 1580-1980*, Actes du Congrès de Bordeaux (Juin 1980), présentés par P. Michel, Champion Slatkine, Paris-Genève 1983, pp. 261-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proporre un rimedio contro la verbosità delle mere teorie e contro i voli pindarici del ' puro ' pensiero.

La critica delle idee astratte, che « spiegano le cose oscure per le più oscure », fu ripresa — come si sa — da Descartes e Malebranche. Parafrasando la *Recherche*, Costantino Grimaldi, un magistrato e filosofo contemporaneo di Vico, polemizzava contro lo scolasticismo, che si trasforma e ritorna in auge di tempo in tempo. « Che altro è — osservava — se non voler favellar in una guisa, che colla generalità de' termini, che per altro non posson fallire, si asconda l'ignoranza che si ha delle cose? » Essendo i princìpi « oscuri ed incomprensibili », si rendono « cagion degli effetti nascosti altresì ed incomprensibili » [3]. Dopo decenni d'infatuazioni ideologiche, veicolo di vaniloqui, il ritorno ad un minimo di *esprit de géométrie* mi sembra auspicabile.

L'epoca qui evocata può apparire lontana, eppure — lo abbiamo constatato stamattina — non è così. L'esistenza di un rapporto ancora non criticamente risolto di qualche storico del diritto con l'età medievale è un fatto concreto e palese su cui meditare e, anche per altri meno banali motivi, non è anacronistico e fuori tema. Chi ha seguito questo Convegno sa che c'è ancora qualcuno che finge di voler rinunziare alle nostre, tutto sommato, comode incertezze, c'è chi vorrebbe sopprimere ogni « esprit » e ritornare non alle cautele critiche montaignane o grimaldiane, ma — *sic et simpliciter* — al fideismo del medioevo. Poiché in quel supposto Eden sarei immediatamente posto al rogo, preferisco la mia genuina incertezza, mi attengo ai consigli di Montaigne ed indico *in limine* le finalità del discorso seguente.

Anche se il nostro generoso ospite ed organizzatore ci ha offerto la massima autonomia di movimento, bisogna interpretare il programma e stare nei termini previsti. Stamattina si è discusso dei « manuali » e oggi abbiamo il compito di esaminare i « problemi » e le « prospettive » delle « articolazioni disciplinari vecchie e nuove ». È evidente che si è voluto distinguere tra modo d'insegnare e modo di essere della storia del diritto, due aspetti che sono connessi ma

---

[3] C. GRIMALDI, *Risposta alla quarta lettera apologetica per la peripatetica filosofia*, ms. Bibl. Naz. di Napoli, XIII D 114, f. 119. È la parte quarta, inedita, delle *Discussioni istoriche, teologiche e filosofiche*, ripubblicate insieme in Lucca (ma Napoli) 1725.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, per esigenze di analisi, è opportuno vagliare separatamente. Di regola, *intellegere* è un *prius* rispetto a *docere*. Esaminare i « problemi » della storiografia giuridica e del suo insegnamento significa compierne un esame storico e attuale al fine di fornirne una diagnosi. I grandi cambiamenti che si son verificati in questi ultimi anni consentono di registrare qualcosa di nuovo. Nel « programma » non manca, grazie alla parola « prospettive », un invito ad indicare, dopo la diagnosi, la cura. Il sottotitolo sulle « articolazioni disciplinari » chiede che ci si riferisca non solo all'interno, ma all'esterno della disciplina, e che si esamini come essa si vada evolvendo e collocando nel quadro della cultura italiana. Non è poco, e perciò esser sintetici è doppiamente necessario.

È il caso di dir subito che la diagnosi si presenta fausta come mai prima è stata negli ultimi decenni. Gli elementi su cui si fonda questo ottimismo possono esser così riassunti. Guardando alla disciplina dall'interno, in primo luogo è evidente una gran varietà d'interessi, dimostrata specialmente dalla produzione dei giovani. Inoltre questa varietà è accettata di buon grado anche dagli anziani. Essi non pongono più le preclusioni che trent'anni fa contro la storia del diritto moderno erano forti e hanno reso difficili i primi passi a molti di noi. Dal punto di vista esterno, è nata e si è sviluppata di recente una disciplina, la storia delle istituzioni, la cui presenza indica la direzione dei nuovi interessi e fa da collegamento tra storiografia giuridica e politica. Quest'ultima, a sua volta, si va sempre più orientando, anche in Italia, verso la storia sociale. Perciò si può dire che mai prima d'ora le tematiche giuridico-istituzionali hanno goduto di tanta fortuna. Il divario tra due aspetti della storiografia, il versante politico e quello giuridico, si va, dopo più secoli, finalmente colmando, poiché trova nell'analisi della società, ossia degli interessi sociali, e nel rifiuto delle astrazioni, il comun denominatore. Contemporaneamente diventa reale, da parte dei giuristi positivi, l'interesse per la storia, ossia per le esperienze dalla società già compiute nel recente passato. Ciò nasce dalla crisi delle certezze positivistiche, quindi dalla necessità di ridisegnare i compiti e le funzioni dell'intero apparato statale, e di conoscerne le vicende storiche. Ma agisce in questa direzione anche il crollo delle ideologie, e quindi il bisogno di cercare in concreto, e non per via di astrazioni, i rimedi più produttivi.

Insomma, oggi la storiografia serve per l'attualità. Tutto questo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potrebbe esser il sintomo che anche nel nostro Paese il diritto tenda a collegarsi più fortemente con l'esperienza pratica. Che stiano per aver fine gli idealismi di mera facciata, schermo e viatico di ogni sopruso, fondamento di quella « sagesse de spéculation » che — come scriveva Jean-François Melon nel 1730 — è « pernicieuse dans l'usage »?

B. *Per una diagnosi:*

1. *Significato e fine dell'egemonia medievalistica.*

Un dato di fatto difficilmente contestabile e molto indicativo può servire ad introdurre il nostro esame: nei decenni della prevalenza idealistica crociana e gentiliana (all'incirca dal 1910 al 1965, ed oltre) hanno agito, nella storiografia giuridica, forti preclusioni antimodernistiche a vantaggio di un esclusivismo che efficacemente Adriano Cavanna ha definito stamattina « panmedievalistico ». Provare questa affermazione non richiede un lungo discorso. Non c'è bisogno di ricorrere a una memoria storica libresca: basta il ricordo vivente che molti di noi, i più anziani, hanno degli ostacoli di fronte a cui si son trovati ancora tre o quattro decenni or sono, quando hanno voluto affermare la legittimità delle loro preferenze e compiere scelte tematiche di storia del diritto moderno. Certo intorno alla metà del nostro secolo agivano ancora alcuni residui di un atteggiamento che secondo Sestan era forte nel 1901 e che favoriva gli studi medievali « in sede accademica in confronto con gli studi di storia moderna e modernissima »: questi ultimi erano « sospettati un poco di dilettantismo » (4).

Ma negli anni cinquanta, mentre molte di quelle preclusioni si erano dissolte nella storiografia politica, lo stesso risultato non era presente nella letteratura storico-giuridica. Anzi, sia nella ricerca che nella manualistica, una maggiore apertura verso il mondo moderno si era registrata nel corso dell'Ottocento e specialmente nei decenni tra la fine di quel secolo e l'inizio del nuovo. In realtà la persistenza

(4) E. SESTAN, *Salvemini storico e maestro*, Introduzione a G. SALVEMINI, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295*, Einaudi, Torino 1960, p. XXX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una visione panmedievalistica è da interpretare come conseguenza della restaurazione idealistica, e non come residuo dei vecchi sospetti di dilettantismo, ricordati da Sestan. Oggi che il ciclo si è chiuso possiamo valutarne le origini, le cause ed i tempi con maggior serenità e riconoscere che due canoni fondamentali dell'idealismo filosofico, il monismo universalistico ed il normativismo, hanno influito fortemente ed emblematicamente sulla storiografia giuridica.

Comunque è certo che quarant'anni fa le resistenze accademiche, opposte dall'ambiente e dai nostri maestri, si sommavano alle difficoltà scientifiche, ancor oggi molto serie, nascenti dall'esigenza di procedere in un terreno che era del tutto inesplorato, senza punti di riferimento e di orientamento. Uno degli ostacoli maggiori era rappresentato dal fatto che la stessa storiografia politica o « generale » italiana, obbedendo ad impostazioni idealistiche, non offriva adeguati sussidi all'analisi della dimensione giuridica. Chi pensava che il diritto nascesse appieno dai bisogni sociali, e quindi dai gruppi, dalle istituzioni e dai loro molto vari interessi materiali oltre che ideali, ha dovuto studiare *ex novo* la società e la stessa vita politica. Gli storici del diritto non hanno potuto evitare di farsi, in primo luogo, storici politici e sociali. Ancor oggi il contributo degli storici politici alla ricostruzione delle vicende sociali è scarso: ma almeno l'esigenza è sentita, e s'instaurano collaborazioni e dibattiti.

Esemplifico con esperienze certe e con i fatti che conosco meglio. La storia di Napoli, l'intensa avventura di un'enorme capitale burocratica e parassitaria, governata da magistrati scaltritissimi, una città che fu il più grande agglomerato umano d'Italia ed uno dei maggiori d'Europa, uno dei più turbolenti in assoluto, agitato da una vita passionale e tumultuosa ai limiti della follia, lacerato da immani conflitti sociali che posero a rischio non solo se stessa, ma l'intera penisola italiana quando, nel 1552, una parte della sua nobiltà si alleò con gli Ottomani e propose ad essi di spartirsi il Mezzogiorno, è stata narrata da Croce come la favola pigra e spenta di un soggetto del tutto ideale, una vicenda incorporea ed asettica, senza società, senza economia, senza guerre, senza interessi concreti e materiali, senza mercati, senza consumi, senza inserimenti nel gioco ferreo del commercio internazionale, che utilizzava largamente la pirateria nordafricana e dalmata ai suoi fini. Il luogo dei contrasti più crudi, descritto dai contemporanei come il « paradiso abitato dai diavoli »,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'interpretazione idealistica di Croce diventa un limbo senza amori e senza colori, pallido o trasparente come un puro spirito, oggetto di condanna o di vanto, ma non dell'umile e compartecipe impegno di capirne le ragioni concrete (5). A questo proposito ritornano alla memoria le parole di Ferdinando Galiani scritte nel 1753 in una lettera sugli interessi futili degli « eruditi viaggiatori », anch'essi attenti alla cultura e insensibili alla società e alla vita: « vengono in una città in cui il governo, i caratteri e il sistema politico sono l'unica cosa curiosa e degna dello studio di un uomo, e pure non fanno altro che andare a veder quattro mattoni e marmi a Pozzuoli e a Portici, quattro pietre infocate alla Solfatara e al Vesuvio, una giornata a S. Martino, una sera a teatro e in otto giorni hanno sbrigato tutto. Così s'informano d'una città di quattrocentomila anime, che .... ha mutato padrone più spesso d'ogni altra della terra, e che mostra in sé un meraviglioso contrasto di natura benefica e d'arte distruggitrice » (6).

Un processo di beatificazione, e quindi di sterilizzazione, d'impoverimento e quasi di vanificazione dell'oggetto storico fu dovuto, tra il 1910 e il 1970, all'egemonia idealistica, alla conseguente ostilità nei confronti della sociologia, e quindi anche all'insensibilità per l'economia che — come Antonio Labriola inutilmente aveva cercato d'insegnare a Croce — non è mai, in sede storica, scienza pura, ma è scontro d'interessi concreti, impersonato da istituzioni e da gruppi sociali. La storiografia italiana si è trovata per decenni stretta come in una morsa tra due uguali ed opposti idealismi formalistici, uno di sinistra e uno di destra, ossia tra semplificazioni marxistiche e favole spiritualistiche. E solo queste ultime hanno avuto facile spazio nella storia del diritto, disciplina che è stata fino ad oltre la metà di questo secolo prevalentemente storia medievale e che medievalistica è

(5) Per una critica radicale della sintesi crociana cfr. il mio *Croce e la storia ' ideale ' del regno di Napoli*, in « Archivio storico per le province napoletane », CX, 1992 (ma 1993), pp. 351-440. Sulle fratture e sugli scontri che portarono ad inauditi eccessi alla metà del secolo XVI mi soffermerò nelle pagine introduttive all'edizione critica di un manoscritto del 1554, il *Discorso sopra il regno di Napoli* di G.C. CARACCIOLO, di prossima pubblicazione.

(6) F. GALIANI ad A. Cocchi, Napoli 20 feb. 1753, edita da F. VENTURI, in appendice a *Alle origini dell'Illuminismo napoletano. Dal carteggio di Bartolomeo Intieri*, in « Rivista storica italiana », LXXI, 1959, p. 453.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diventata in particolare nei decenni della egemonia idealistica. « È noto — scriveva ancora nel 1977 Ovidio Capitani volendo indicare un sintomo del sommarsi di disimpegno « ateoretico » e di spiritualismo — che non c'è un vero e proprio medievista marxista in Italia » (7). Molti si sono salvati infatti proprio rifugiandosi nell'« ateoreticità » della storiografia medievalistica italiana, ossia nel rifiuto di prender partito metodologico, come si vedrà. Ma, in questo modo, quanti avevano idea che le grandi sintesi spirituali dovessero esser trattate con molto senso critico e con qualche scetticismo, poiché servirono spesso come strumenti ideologici e formalistici, avevano difficoltà ad inverare questo sospetto in gruppi portatori d'interessi, in istituzioni, in partiti, in *status*: lo studio di queste realtà era bandito, come ' sociologico ', dalla storiografia idealistica.

Non è possibile descrivere qui i motivi lontani e vicini di questo punto di arrivo: tutt'al più si può in poche righe fornire una diagnosi. In Italia il neoidealismo, avendo riproposto appieno il « radicale dualismo kantiano » (8) e poi la scissione neokantiana tra scienze della natura e dello spirito (9), è pervenuto ad una sorta di « globalismo storicistico » in cui « appaiono mescolate e confuse » le esperienze più diverse. Pertanto « la cultura italiana » si è mostrata « incapace, per un verso, di procedere ad un esame analitico delle componenti significative dei fatti sociali senza perdersi nelle ricerche frammentarie », e per un altro verso ha « dialetticamente riferito e giustificato nel quadro del processo globale ... ogni fatto particolare », prima di averlo « analizzato per quello che è, vale a dire nella sua rilevanza empirica » (10). Nella cultura francese, al contrario, da Georges Sorel a Claude Lévi-Strauss, da Emile Durkheim a Henri

(7) O. Capitani, *Medio Evo passato prossimo. Appunti storiografici tra due guerre e molte crisi*, Il Mulino, Bologna 1979, p. 286: ma il brano faceva già parte di *Crisi epistemologica e crisi d'identità: appunti sulla ateoreticità di una medievistica*, in *A Gustavo Vinay*, « Studi Medievali », III s., XVIII, 1977.

(8) T. Parsons, *The Structure of Social Action*, prima ed. McGraw-Hill, New York 1937, trad. it. della seconda ed., Il Mulino, Bologna 1962; ivi nuova ed. 1986, p. 520. Dewey, *op. cit. infra*, in nt. 14, *ibidem.*

(9) F. Remotti, *Lévi-Strauss. Struttura e storia*, Einaudi, Torino 1971, pp. 82-3 e 98-100.

(10) F. Ferrarotti, *La sociologia. Storia Concetti Metodi*, ERI, Roma 1961, sesta ed. ampliata, ivi 1967, pp. 371-2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Berr, da Gabriel Monod a Marc Bloch e Lucien Febvre, quella scissione era combattuta, « l'unità metodologica del sapere » era riaffermata, lo spiritualismo (anche nella forma bergsoniana) incontrava valide resistenze, si perveniva di fatto ad un'intensa complementarità tra storia e sociologia (11). Quanto a Max Weber — come rilevò per tempo Ernesto Sestan — la sua dottrina e il suo metodo si trovarono stranieri nella vita italiana dell'anteguerra, bloccati da una duplice « barriera protettiva » neohegeliana e marxistica (12): ciò che è, peraltro, pienamente spiegabile se si pensa che, mentre Weber fin dal 1904 aveva posto come il programma centrale della sua ricerca la « distinzione di *principio* tra la conoscenza di *ciò che è* la conoscenza di *ciò che deve essere* », la metodologia idealistica — come lo stesso Weber rilevò nel 1906 — portava Croce « ad una mescolanza logica del *valutare* e dello *spiegare* », ossia « ad una confusione tra *essere* e *norma* » (13), tra esistere e dover essere. Di qui l'interesse crociano — di cui noteremo le conseguenze — a cercare nella storia non tanto i fatti e le connessioni che li spieghino e rendano comprensibili, quanto « i vanti ». Di qui l'interporsi, tra lo storico e la realtà osservata, di compatte griglie idealistiche, ossia necessariamente valutative ed ideologiche. Esse costituiscono il comun denominatore dell'idealismo di destra e di sinistra, pur nella loro diversità e radicale opposizione.

All'origine di queste tendenze sono alcune tesi fondamentali dell'idealismo filosofico, già formulate da Kant: che l'essenza della ragion pura è « la completa universalità » (da cui l'esigenza sintetica e monistica) e che l'essenza della ragion pratica è nel senso universale della doverosità, nel dover essere *a priori* (da cui il primato del momento normativo o normativismo). Kant « portò alla sua conclusione logica la separazione dei princìpi ed ideali morali dall'esperienza. Egli vide che escludere dai princìpi ogni rapporto con il

---

(11) PARSONS, *op. cit.*, in nt. 8, pp. 345-516; REMOTTI, *op. cit.*, pp. 83-5, 204; M. MASTROGREGORI, *Il genio dello storico. Le considerazioni sulla storia di Marc Bloc e Lucien Febvre e la tradizione metodologica francese*, Esi, Napoli 1987, pp. 45, 50, 87 e *passim*.

(12) F. FERRAROTTI, *Max Weber e il destino della ragione*, Bari, Laterza 1970, pp. 219-20: e cfr. l'intera appendice, « Max Weber in Italia ».

(13) M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen 1922, trad. it. *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino 1958, 1974, Mondadori, 1974, pp. 57 (1904) e 205 nt. 62 (1906).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare empirico significava escludere qualsiasi specie di riferimento alle conseguenze. ... Con tale esclusione la ragione diventa interamente vuota; non resta nulla, eccettuata l'universalità dell'universale » (14).

2. *Una scienza giuridica senza società.*

In effetti non è eccessivo dire che nella storiografia italiana è mancato a lungo quasi del tutto, e spesso ancora manca, lo studio di un soggetto che del fenomeno giuridico è stato protagonista in ogni tempo, ma lo è in modo palese specialmente nell'età moderna: la società non come idea, bensì rappresentata dalle strutture organizzative dei suoi interessi, ceti, gruppi, classi, istituzioni. Poiché l'assoluto primato intellettuale degli ideali *pro forma* attenuava e relegava in secondo o terz'ordine i rapporti tra idee e fatti, nucleo vitale della storia giuridica moderna, gli stessi processi fattuali erano visti attraverso la dialettica delle idee. La ricostruzione storiografica poneva in scena vaghe presenze spirituali e ' fingeva ' che operassero in concreto o, per lo meno, ne coglieva solo gli aspetti formalmente positivi e gratificanti. In tal modo — come scrisse John Dewey fin dal 1925 — « la realtà diventa l'esistenza quale noi desideriamo che sia, dopo aver analizzato i suoi difetti e deciso quelli da eliminare; la realtà è ciò che l'esistenza sarebbe se le nostre preferenze, razionalmente giustificate, fossero così completamente stabilite nella natura da esaurire e definire il suo essere intero e perciò da rendere la ricerca e la lotta non necessarie. Ciò che vien tagliato fuori — dal momento che il turbamento, la lotta, il conflitto e l'errore ancora esistono empiricamente, qualche cosa è tagliato fuori — essendo escluso per definizione dalla piena realtà, è assegnato a un grado ed ordine dell'essere che si afferma metafisicamente inferiore » (15).

La critica di Dewey si addice perfettamente al neoidealismo

---

(14) J. Dewey, *Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology*, H. Holt, New York 1922, trad. it. La nuova Italia, Firenze 1958, p. 260.

(15) J. Dewey, *Experience and Nature*, Chicago 1925, già cit. nel mio *Formalismo e storia del diritto moderno*, in« Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 1, 1972, p. 190, e poi in Id., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli 1976, p. 128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano ed in particolare allo storicismo giuridico di Francesco Calasso e di Bruno Paradisi. Il gran passo ch'essi hanno fatto rivelando il carattere astratto degli istituti e dei dogmi si è risolto nel passaggio da un formalismo recente ad uno ben più radicato e antico, insomma da un astrattismo ad un altro. In quel contesto la tendenza a privilegiare nella scelta dell'oggetto storiografico l'epoca medievale è nata da un'ovvia simmetria tra le posizioni teoretiche degli storici, ossia tra il loro metodo e punto di vista per un verso, ed i caratteri prevalenti dei fenomeni studiati per un altro (16). Era una situazione che riguardava, nello stesso tempo, la storiografia politica e giuridica e che solo in questi ultimi decenni è cambiata.

Da questo mutamento deriva la presenza sulla scena storiografica — come si è accennato — di una disciplina pressoché nuova, verso cui oggi si rivolgono molti interessi: la storia delle istituzioni. La vecchia storiografica giuridica, specialmente nella fase idealistica, studiava invece gli aspetti legislativi e dottrinali, anzi le dottrine colte, e nutriva un malcelato disprezzo per la prassi. Erano tempi favorevoli agli svolazzi retorici con cui Francesco Calasso infioretta va il proprio stile, a volta tuttavia trascinante e felice. « Ruminazioni ingloriose » furono da lui definite, in polemica con Emilio Bussi, alcune opere di elaborazione pragmatica, tra le quali il *De consilio sapientis* di Pacio Scala (17). Giudizio che inutilmente investiva il valore in astratto anziché il significato in concreto, e che era indice di un orientamento generale. S'interrogava il passato per farne emergere le « glorie » ed i « vanti », e non l'intrico problematico di valori e disvalori, non le relazioni complesse che collaudano

---

(16) « Il medioevo fu un'età teoretica »: B. PARADISI, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso*, in AA.VV. (ASTUTI, ARNALDI ed altri), *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini, 30-31 ottobre 1976, Libreria Universitaria Editrice, Perugia 1980, p. 190: e vuol indicare che in quell'epoca furono considerati in assoluto prevalenti, degni di nota, di riflessione e di scienza, gli aspetti ideali. È nel primato degli aspetti ideali il collegamento tra *res gestas* e *historia rerum gestarum*, poiché la storia del diritto è « disciplina lontana tradizionalmente da sollecitazioni speculative »: ivi, p. 187.

(17) F. CALASSO, *Recensione* a E. BUSSI, *Intorno al concetto del diritto comune*, Milano 1965, in « Rivista di storia del diritto italiano », 1936, fasc. I, pp. 328-32, e spec. p. 331. Per un'opportuna ' difesa ' di Pacio Scala, autore di una « bella, equilibrata polemica contro il principio di autorità », L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffré, Milano 1967, p. 132, nt. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le deontologie al cospetto dei fatti e che son capaci di dar risposta alla nostra esigenza di capire le origini dei problemi attuali. Prevalevano linee di ricerca tipiche della gnoseologia idealistica, che consiste in un sapere del tutto spirituale, in uno scandaglio della coscienza, in un esame interno, e non in uno sperimentare le relazioni tra i fatti per scoprirne i collegamenti e le cause esterne. Questa « ispezione ... diretta ed interna di un solo " esemplare " della specie » — così scrisse già nel 1911 Giovanni Vailati anticipando alcuni aspetti della critica deweyana all'idealismo — « è un'operazione assai più difficile e delicata che non guardar fuori e l'interpretare, dai segni e dalle manifestazioni esteriori, ciò che si sente e si pensa da altri che da noi » ([18]).

Gli idealisti pongono a misura e limite universale l'ambiente non limpido della coscienza. Eppure esso contiene in sé energiche qualificazioni deontologiche, che non sono eliminabili in assoluto nel giudizio individuale, e comunque si presentano difficili da limitare e correggere. La conoscenza idealistica è *ab origine* piena di coloriture morali, guarda alla norma più che all'esistenza, al dover essere più che all'esistenza, è sulla linea dell'antica *sapientia*, consiste in un *sapere*, nel significato originario di « aver sapore », e non tende ad *intellegere* (da *inter lego*), ossia non è interessata a cogliere fuori di sé ed a collegare. Se Kant avesse definito l'Illuminismo *aude intellegere* avrebbe detto qualcosa di totalmente diverso dal *sapere aude* ed avrebbe dato piena ragione al filosofo contro cui polemizzava, a David Hume ed allo scetticismo critico e costruttivo. Il cammino del pensiero moderno, da Machiavelli a Weber, tende invece a distinguere essere e dover essere, e quindi scienza e religiosità.

La distinzione indicata — bisogna dirlo a chiare lettere — è uno spartiacque determinante per cogliere la differenza tra la storiografia idealistica e la storiografia *tout court*, o critica. I fini di quest'ultima furono enunciati con la consueta lucidità da Gaetano Salvemini nel 1939, quando egli già (fin dal 1925) aveva dovuto lasciare l'Italia ed era stato privato della cittadinanza italiana: « Direttamente o indirettamente ogni ricerca storica mira a risolvere il problema fonda-

([18]) Sul tema e per altri riferimenti cfr. del mio *Croce e la storia ' ideale '*, cit. in nt. 5, il § 7 ed in part. la nt. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentale di sapere in quale modo una data situazione *presente* è arrivata ad essere qual è » (19). Invece, se nelle vicende del passato si cercano le « glorie », si verifica non solo una sorta di traviamento del metodo, ma di deviazione e distrazione dell'impegno storiografico dai suoi fini, che diventano elusivi, agiografici, ossia pratici, retorici con inflessioni religiose, non teoretici e scientifici. La ricerca delle ' glorie ' e dei ' vanti ' stabilisce tra presente e passato un nesso moralistico, per cui la monade del gesto virtuoso o dell'esempio eroico o del processo gratificante si può trasferire, come in sostanza identico (perché visto dal versante della universalità e non da quello della particolarità) *omisso medio*, dal tempo antico o medievale fino ad oggi, senza che si trovi altra continuità tra passato e presente che nel comun denominatore di una immobile e metastorica ' natura umana '. Ed invece nulla è immobile, tutto è « continuelle mutation », come scriveva Montaigne. Allo storico oggi interessa scoprire proprio il cambiamento della ' natura umana ', ciò che è diverso, ossia anche ciò che è rimasto eguale nel tempo: infatti l'eventuale persistenza, a sua volta, riceve senso e valore dalla certezza che, frattanto, tutto, o molto, o qualcosa è comunque e necessariamente cambiato.

Nel campo storiografico la *forma mentis* idealistica si rivela — come ha dimostrato limpidamente Talcott Parsons — in due posizioni esasperate ed a prima vista antitetiche, l'estrema analisi e l'estrema sintesi, che sono due aspetti dello stesso atteggiamento: « la storia concreta e dettagliata da una parte, la filosofia della storia dall'altra » (20), la filologia minima e « l'esasperato monismo » (21). Il passaggio da una forma all'altra della stessa posizione idealistica è frequente, ed è dimostrato in modo evidentissimo dalla storia personale di Benedetto Croce, che registrò una transizione molto rapida, dovuta agli effetti dell'insegnamento labrioliano, dalla pura

---

(19) G. SALVEMINI, *Storia e scienza*, La Nuova Italia, Firenze 1948, p. 19 (trad. di *Historian and Scientist. An Essay on the Nature of History and the Social Sciences*, Harvard Univ. Press, Cambridge Mass. 1939).

(20) PARSONS, *op. cit.* in nt. 8, p. 521.

(21) PARADISI, *op. cit.* in nt. 16, p. 211, in riferimento alla scelta teoretica « che ha sorretto l'ispirazione che potremmo dire centrale della teoria del Calasso ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

filologia (tuttavia intimamente moralistica e ' valutativa ') alla pura filosofia (22).

Sfuggendo ai termini obbligati d'individuale-universale, e rivolgendosi a quei *generalia* che Kant esecrava, ossia ai « particolari » socio-istituzionali significativi, l'interesse storiografico di oggi è rivolto all'intero processo di sviluppo e di metamorfosi dei singoli problemi storici, dal loro seme lontano nel tempo, attraverso vicende che possono averli riprodotti similmente, o trasformati nel profondo ed addirittura distorti, fino ad una situazione attuale in cui quell'origine, pur essendo ancora significativa, può esser del tutto irriconoscibile, può avere connotati diversi ed addirittura opposti: un elemento utile — ad esempio il formalismo d'Antico Regime, strumento formidabile di organizzazione delle società e degli Stati — diventa oggi fonte di conseguenze devianti e dannose.

3. *In suffragio della « santa memoria ».*

Bisogna tuttavia aggiungere che l'astorica e superficiale fruibilità del medioevo come ' vanto ' non è un mero gioco da eruditi perditempo, non è uno svago innocuo che possa esser consentito senza danni. I docenti che vi si esercitano non sono anacoreti fuori del mondo, non sono da confondere con quei « solitari » che, negli eremi, « essendo sobri e pii e portando il cilicio » — secondo Voltaire (voce « vertu » del *Dictionnaire philosophique*) — possono esser detti « santi » pur non potendo esser giudicati « virtuosi ». L'esercizio di autogratificazione spirituale, in cui si risolve la favola del medioevo come età ideale, può avere effetti disastrosi in sede didattica. Poiché esso consente di procedere *per saltum* da un medioevo idoleggiato e fantastico ad un'epoca contemporanea distorta e abbrutita, comporta di passare indenni attraverso la più totale incapacità di capire la cultura moderna e i suoi problemi, può stare in piedi senza esser scalfito dall'ignoranza del mondo che ci circonda, ha un unico effetto didattico: invece di creare quel flegma filosofico che induce a capire ed a guardare con superiore distacco il passato e il presente, insegna a caricare di umori torbidi l'analisi dei fatti umani e quindi a disprezzare la storia, ossia la dimensione

(22) Cfr. il mio *Croce*, cit. in nt. 5, nt. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoretica e problematica dell'esperienza umana. Non è poco per degli insegnanti di storia. Poveri studenti! Ad essi i sacerdoti di quel rito misteriosofico finiscono, in sostanza, per mostrare che Montaigne, Bacon e Voltaire furono i battistrada funesti di un corteo d'infami, gli avanguardisti di una setta esecrabile che avrebbe traviato il mondo. È un atteggiamento religioso, non scientifico, è una sorta di fondamentalismo medievalistico. Come si sa, anche la chiesa romana cede spesso alla tentazione di analoghi e ben mirati catastrofismi: ma almeno, sia pure pensandoci per poco meno di quattro secoli, ha riabilitato Galilei. Qui siamo molto più indietro nel tempo e nel buon senso, benché le due linee interpretative abbiano alcune radici in comune.

Che i pericoli qui enfatizzati non siano meri pretesti polemici per divertirsi alle spalle d'ingenui colleghi, troppo presi da una passione acritica per il gioco che esercitano e che non sanno capire, è confermato dal ben noto carattere di « ateoreticità ... della nostra storiografia medievistica », ossia dalla sua pretesa di far a meno di ogni meditazione sul metodo: salvo poi a parlarne irriflessivamente e con molta sicumera. È un limite che i medievalisti perspicaci hanno denunciato, e che arriva fino a « render la storiografia facile oggetto di emarginazione laddove, come spesso è avvenuto, le si proponga, a qualsiasi livello, di dichiarare le proprie identità culturali » ([23]).

Che nella storia si cercassero le « glorie », che al *Jus*, come al mar Mediterraneo o all'Impero, si attribuisse volentieri la pomposa qualifica di *nostrum*, non è da meravigliare in quel gioco delle parti che fu posto in essere durante la dittatura fascista tra l'idealismo formale del governo e l'idealismo formale dell'opposizione palese e, tutto sommato, tollerata perché teoreticamente congeniale. Il mettere i propri pensieri in orbace era segno dei tempi, ancora prima che della propaganda fascista. Agivano « motivi risorgimentali » nella tendenza a fare della « tradizione romana una ragione di orgoglio nazionale ». Il « nazionalismo e l'universalismo » interagivano: primato del dover essere, esaltazione dei « vanti » nazionali, monismo idealistico. « Sintesi e storia delle idee furono nel periodo che corse tra la prima e la seconda guerra mondiale due motivi dominanti ». Ma « quell'atmosfera si era andata preparando fin dai

([23]) CAPITANI, *op. cit.*, p. 296 e nt. 13. Cfr. anche PARADISI, cit., *supra*, nt. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primi decenni del secolo e si era identificata in Italia con l'opera di D'Annunzio, accolta nel nostro paese con larghissimi consensi e giudicata positivamente anche da Benedetto Croce » (24). Non cercò poi lo stesso Croce — come scrisse nelle ultime righe e conclusive della sua *Storia del regno di Napoli* — « la sola tradizione politica » di cui l'Italia meridionale potesse « trarre intero vanto »? Quell'opera aveva rappresentato il « capolavoro storiografico del Croce » e perciò il modello di un intero orientamento metodologico egemone, anche se « i problemi della storia giuridica » non vi trovavano « accoglimento » (25). Il filosofo abruzzese da quella storia aveva espunto proprio la tradizione giuridica, che gli era stata nell'Università di Roma insegnata formalisticamente e che perciò egli aveva preso a disprezzare. Ma comunque la vicenda napoletana mai avrebbe potuto costituire ciò che Croce cercava tra il 1922 e il 1923: un oggetto di « vanto », da contrapporre in modo vincente alla boria acritica dei municipalisti e storici del diritto. Eppure il contrario di un merito, ma comunque un fatto — il parassitismo dell'apparato statale — è la chiave per capire la storia della società meridionale, la sorte di una comunità che si è trovata a vivere per oltre un millennio, dal secolo IX al XIX, in condizioni gravissime di precarietà esistenziale e di paralisi economica, lungo l'indifendibile confine sud orientale della cristianità (26).

Ma è inutile chiedere allo storico idealista risposte a domande ch'egli non è in grado di formulare, è inutile porgli problemi ch'egli, vivendo — o fingendo di vivere — nel limbo della sua astratta spiritualità, considera inesistenti e che perciò non può cercar di risolvere. Il danno maggiore è ch'egli si pone il compito non

---

(24) PARADISI, *op. cit.* in nt. 16, pp. 182-7.

(25) Questa ultima diagnosi, rilevante per indipendenza di giudizio, fu espressa da B. PARADISI in *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, introduzione a AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Olschki, Firenze 1966, p. XLV. La *Storia* di Croce fu pubblicata a puntate su « La Critica » nel 1923-24 e poi in volume, Laterza, Bari 1925. Sui caratteri e sui gravi limiti di questo molto influente « capolavoro », cfr. il mio *Croce e la storia 'ideale'*, cit. in nt. 5.

(26) Sul tema, cfr. il mio *La frontiera disarmata. Il Mezzogiorno avamposto d'Europa*, in AA.VV., *Futuro remoto 1992. Il mare*, a cura di L. Balbi, Cuen, Napoli 1992, pp. 45-95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'*intellegere* ciò che non sa, ma d'insegnarlo. L'idealismo ha sempre disprezzato il dubbio metodico di Descartes e di Malebranche. Il secondo scrisse a proposito del primo che « il ne faut point le croire sur sa parole, mais le lire, comme il nous en avertit lui-même, avec précaution, en examinant s'il ne c'est point trompé, et ne croyant rien de ce qu'il dit, que ce que l'evidence et les reproches secrètes de nôtre raison nous obligeront de croire » (27).

È naturale perciò che gli storici idealisti cercassero più « vanti » che documenti. Si sa che presso di loro fu scarsa e marginale, rispetto allo studio delle dottrine, la frequentazione degli archivi. Riscontrare nella concreta attività istituzionale il valore delle sbandierate soluzioni dottrinali e ideali era un'attività che non appariva indispensabile. Il carattere sempre molto ' ideologico ' della storiografia idealistica ha comportato che essa — come ha rilevato Ovidio Capitani a proposito de *La polemica sul Medio Evo* di Giorgio Falco, il più idealista e crociano tra gli storici politici medievisti del tempo — tendesse a « stabilire dei parametri di civiltà, ad assegnare attestati di benemerenza ad un periodo storico ». In realtà — ha aggiunto Capitani — « non c'è nessun medio evo da difendere più di quanto non ci sia una storia antica o un'età moderna da difendere, se non a patto di far propria, in maniera più o meno consapevole, proprio la polemica degli umanisti, che si vorrebbe esorcizzare. In tante *difese* del medio evo, non ci si è accorti che si finiva per difendere *un periodo storico* come se si trattasse della *santa memoria* di qualcuno: una vera dichiarazione di morte ufficiale! » (28).

Oggi i vedovi inconsolabili per la perdita di quella « santa memoria » sono ridotti a pochi esemplari, che hanno perduto il pelo ma non il vizio. Ma trent'anni fa erano molti ed hanno influito nel far sì che alcuni storici — ad esempio Domenico Maffei — dopo i primi efficaci, utili studi diretti ad avviare una storia del diritto moderno, hanno ceduto e si son dedicati al medio evo: scelta che — a scanso di equivoci e pur dicendo un'ovvietà — bisogna affrettarsi a definire

---

(27) *Recherche*, II, 1, 4, § 5, ed anche VI, 2, 4 = éd. Rodis-Lewis, Paris 1974, I, pp. 23 e 412; II, pp. 339 e 453. Si riferisce a [R. Descartes], *Discours*, Ian Maire, Leyde 1637, p. 17 (diffidare di chi ha avuto un sol maestro) e *Principes* IV, 207 e ult. (non prestar fede a quanto è qui scritto, ma esaminarlo criticamente).

(28) CAPITANI, *op. cit.* in nt. 7, p. 274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del tutto legittima, ma che fu sintomo di una situazione generale di disagio, allora molto condizionante, ora e solo in questi ultimi anni superata. Altri colleghi, al contrario, prima di passare al diritto moderno, avevano iniziato con lavori medievalistici. Così il nostro ospite Paolo Grossi, che tuttavia aveva espresso già allora interessi molto 'moderni', rivolti verso ampie, ma specifiche tematiche istituzionali e verso strutture mentali e sociali di grande e generale importanza. Era un 'taglio' storiografico ancor oggi di grande attualità, ed erano temi che ci aiutano a capire — l'*Unanimitas*, il primitivismo altomedievale nel *dominium* delle cose — la storia umana, e non soltanto gli sviluppi formali della tecnica giuridica.

Ovviamente, infatti, non sempre valeva appieno l'equazione ideal medievalistica, ed alcuni pochi già studiavano realtà medievali con sensibilità moderna, oppure l'età moderna con *forma mentis* vecchia di molti decenni. In altri termini le osservazioni proposte — com'è naturale — non escludono che in Italia, quando prevalse l'idealismo filosofico, si fosse creato un certo spazio per il rinascere e l'operare di alcuni storici dell'età moderna. Sarebbe anzi interessante esaminare i pochi casi e dimostrare fino a che punto essi abbiano costituito singole eccezioni capaci di confermare la tendenza notata. Si scoprirebbe che hanno influito o l'orientamento regionale d'implicita resistenza nei confronti dell'idealismo (mi riferisco specialmente ad intellettuali di origine padano-piemontese); o la sostanziale fedeltà alle impostazioni paleopositivistiche allora non più in voga; o la possibilità di esser meno dipendenti dal conformismo accademico, utilizzando situazioni personali e familiari; o, infine, il concorrere, più o meno inconscio, di una pluralità di questi fattori. Ma innanzi tutto ha agito l'insensibilità teoretica o il rifiuto di porsi problemi metodologici e filosofici, atteggiamenti che inducevano inconsapevolmente a giustapporre idealismo e positivismo. Non che tale coacervo non fosse, per altro, presente anche nei crociani e gentiliani più convinti. Anzi, a ben riflettere, è del tutto naturale il sommarsi del formalismo intellettualistico (l'impianto dogmatico e sistematico della scienza giuridica come mera elaborazione d'istituti) di origine positivistica con il formalismo idealistico (l'esperienza giuridica come fatto ideale e di pura coscienza o di mero pensiero).

Il comun denominatore che consentiva questa operazione era

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel carattere simile delle due operazioni, nel loro collocarsi a livello — per così dire e senza accettare la divaricazione manichea dei due piani che è nella dottrina in cui questo termine è nato — 'sopra-strutturale'. Si arrivava così a sommare l'esaltazione, di origine positivistica, dello specifico giuridico con l'accoglimento del pensiero di Croce che, per effetto dell'insegnamento labrioliano, aveva ridotto il diritto a mera forma o alla dimensione economica, e che perciò negava, di fatto e di diritto, ogni possibilità di una storia sia giuridica sia socioistituzionale. Ma, se si osserva più a fondo, esiste un motivo originario che accomuna il vecchio positivismo giuridico e l'idealismo, ed è l'opzione normativistica, ossia l'idea che la norma preceda i fatti, e quindi anche l'esperienza e la storia. In origine era la norma. Si persegue il fine di combattere, positivisticamente, la tesi giusnaturalistica secondo cui « il diritto [è] concepito come anteriore alle norme », ossia è rappresentato, « nel suo aspetto primo e fondamentale, come il fatto che precede la norma ». Per realizzare questo intento di concretezza, si cade in un astrattismo peggiore: si pone la norma, non positivisticamente ma idealisticamente (e perciò molto vagamente) intesa, come precedente ogni fatto ([29]). Questo è un caso tipico dell'errore idealistico: porre « l'esistenza reale dei valori indipendente da ciò che facciamo » ([30]). Vedremo in seguito quali conseguenze gravi questo atteggiamento teoretico ha prodotto in epoca medievale. Esso si riproduce molto simile nell'idealismo filosofico italiano, che fu perciò una ritirata nel limbo più rarefatto, proposta in forma aggressiva come una grande e battagliera impresa d'avanguardia.

In campo giuridico quella soluzione trovava le sue origini in due atteggiamenti contraddittori, entrambi connessi alla svolta di fine Settecento: per un verso l'arroccamento positivistico, quel timido e rinunciatario difensivismo nello specifico formale, il rifugio claustrale nella purezza tecnica che fu imposto dalle requisitorie e dagli assalti illuministici, e poi dal brutale realismo napoleonico; per un altro verso l'aprirsi idealistico kantiano alla dimensione spirituale e co-

---

([29]) B. PARADISI, *Diritto*, in *Enciclopedia del Novecento* vol. II, Roma 1977, § 20, p. 125/b.

([30]) J. DEWEY, *The Quest for Certainty. A Study of the Relation of Knowledge and Action*, Minton-Balch, New York 1929, trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1965, p. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienziale, l'invito a « osar sapere » come alternativa alla conoscenza scientifica, limitata e prudente, degli empiristi. In definitiva tutto si risolveva nel fare un passo troppo indietro ed uno troppo avanti, e nel sommare i due squilibri: il limite paleopositivistico di una conoscenza dogmatica e riduttiva, e l'azzardo idealistico che si proietta verso il puro spirito rifiutando ogni riscontro con la realtà empiricamente apprendibile e misurabile.

Poiché la recente fine del verbo medievalistico è dovuta a motivi teoretici e non a banali fattori accademici, questa novità sta per produrre una situazione nuova nel collegamento tra storia del diritto, storia istituzionale e storia sociale, e quindi crea una diversa dislocazione della disciplina nel quadro sia delle scienze giuridiche sia della storiografia politico-sociale. Un più intenso legame tra i vari settori della storiografia è stato a lungo precluso dall'atteggiamento idealistico che impediva di porre a fuoco e di storicizzare problemi tipici delle società complesse e temi vitali per le esperienze giuridiche di oggi: in primo luogo l'esigenza di un più intimo nesso tra forma e sostanza, tra idealità giuridiche e fatti, tra le norme e la realtà socio-economica ed istituzionale a cui dovrebbero corrispondere. Si può dire che il rifugiarsi degli storici idealisti nel medioevo sia nato per un verso dall'evidenza maggiore dei problemi ideali e formali in quell'epoca e per un altro verso dalla possibilità di evitare l'analisi socioeconomica, che è meno eludibile e del tutto indispensabile in chi affronti i problemi della storia moderna. In tal modo, specialmente da parte di quegli storici che postulavano un più forte collegamento con la filosofia, ossia con l'idealismo imperante, si è creato un vuoto tra medioevo ed età contemporanea, un divario maggiore di quello che per altri motivi già esisteva alla fine del secolo scorso.

Passi importanti per invertire questa tendenza, e quindi in direzione di una storiografia giuridica moderna, sono stati compiuti dopo la crisi dell'idealismo, anche se la brevità del tempo non ha consentito di realizzare, al di là di pregevoli contributi analitici, un'orditura sintetica pienamente soddisfacente delle vicende storiche molto complesse che hanno seguito la rivoluzione scientifica. È da notare che, in Italia, in questi ultimi decenni, si riducono ad uno solo i tentativi in qualche misura riusciti di sintesi manualistica della storia del diritto medievale-moderno, attenti ad entrambe le epoche:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il manuale ardimentoso ed efficace di Adriano Cavanna. Sarebbe auspicabile che ciascuno degli storici più esperti s'imponesse un analogo cimento, senza tuttavia giocare sugli equivoci tra evo medio e moderno, anzi sforzandosi di comprendere le ragioni storiche dei nostri avi vissuti in entrambe le epoche.

Oggi la varietà degli interessi tematici e cronologici e l'accettazione di tale varietà, mentre hanno portato ad una più logica ed armonica ridistribuzione degli studi tra storia medievale e storia moderna del diritto, rivelano l'indebolirsi non solo della specifica preclusione contro la storia del diritto moderno, ma di ogni partito preso 'ideologico'. È una novità che esprime caratteri generali e fondamentali di grande importanza per chi vuol capire da dove si viene e dove si va. Non a caso oggi si assiste nel panorama europeo alla crisi dei modelli idealistico-ideologici di provenienza romantica, ed è evidente, anche in Germania, un ritorno verso il primato dell'influenza culturale anglosassone e francese. Riemergono gli orientamenti verso interessi più positivi e pragmatici, che erano stati già dominanti nei secoli della rivoluzione scientifica e dell'illuminismo. L'affermarsi di posizioni filosofiche che postulano come necessaria ed utile la varietà, e quindi la fine delle dittature dottrinarie ideologiche, ha avuto due conseguenze importanti. Per un verso, il chiarimento che è origine e sostegno della svolta in corso ha aperto la via alla costruzione di una storia critica del diritto moderno, anzi del diritto medievale e moderno. Per altro verso, la stessa storia del diritto medievale, liberata dagli equivoci teoretici che la privilegiavano incongruamente, ha acquistato una diversa dimensione scientifica, che le ha donato una maggiore capacità di raccogliere i suoi interessi sullo specifico storico e che la colloca oggi ancor più di ieri come conoscenza indispensabile non già al fine di una ricostruzione antiquaria e distaccata di 'essenze', ma come presupposto di ogni diagnosi corretta su tutto quanto in seguito è accaduto ed ancor oggi avviene.

C. *Precedenti e prospettive:*

1. *L'influenza dell'essenzialismo aristotelico.*

Un'indicazione sulle prospettive può nascere dalla diagnosi sul recente passato, che a sua volta è la conseguenza precisa di ciò che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è avvenuto ancor prima. Da una estrapolazione delle linee di tendenza manifestatesi negli ultimi secoli è possibile trarre qualche segno su quanto potrà accadere. Certo, un'operazione di questo genere richiederebbe ben altro impegno e molto spazio. Ma non è logico trincerarsi continuamente dietro le sicure difese della filologia minima e rinviare all'infinito, per non cadere in errore, il compito di esprimersi sui temi di fondo. La parola interroga e alimenta il dialogo, che è annullato dal silenzio, imposto dalla pretesa, storicamente 'datata' e storicisticamente assurda, di non sbagliare. Oggi la storiografia del diritto ha bisogno d'interrogarsi e potrà avere un avvenire importante, se non si chiuderà in se stessa. Sono suoi due compiti insostituibili e decisamente creativi: aiutare la storiografia politica a rinnovarsi tenendo conto pienamente delle istituzioni e del diritto; offrire strumenti conoscitivi all'esperienza giuridica che ha bisogno di uscire dall'isolamento culturale in cui si è posta fin dalla crisi delle visioni pangiuridiche medievali e d'Antico Regime, e sente perciò di dover ritrovare le sue radici e ridefinire le sue funzioni.

Si è visto che la preferenza per l'epoca medievale, affermatasi appieno con l'egemonia idealistica nell'ambito della storiografia del diritto medievale-moderno in Italia, anche se si presentò come un fatto nuovo determinato dall'esigenza di un maggior collegamento tra storiografia e filosofia, fu una sorta di restaurazione di tendenze tradizionali, di vecchie *formae mentis*, che avevano avuto già una lunga prevalenza nel pensiero giuridico dell'Antico Regime. A sostegno di questa linea interpretativa saranno portati altri elementi di prova nelle pagine seguenti. Ma proprio perché l'affermarsi dell'idealismo nel campo del diritto è da considerare come un ripiegamento favorito dal persistere latomico, profondamente radicato, di antiche tendenze dell'esperienza giuridica italiana, ad esse è necessario per un momento risalire, al fine di realizzare quella conversione della storia nell'attualità e dell'attualità nella storia, che è il compito di ogni storiografia critica.

Un segno di questa direzione pragmatica è anche nell'interesse che il realismo giuridico scandinavo ed americano, oltre che l'esperienza inglese, hanno raccolto in Italia negli ultimi anni. Ed è sintomatico che a quel modo empirico di organizzarsi si rivolgono persino gli autori più legati all'orientamento idealistico e formali-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stico: essi, addirittura — non sapendo cogliere quanto, fin dal secolo XVI almeno, sono stati diversi e divergenti i destini dei due sistemi, giurisdizionale e dottrinale — ritengono di poter addurre a ' merito ' del diritto comune i risultati pragmatici di un ordinamento, come quello inglese, che si è formato nel totale rifiuto di ogni dottrinarismo. Ma se un analogo processo non si è verificato nella scienza giuridica continentale nell'età moderna, questa divergenza non è stata per nulla casuale, ma è anzi l'effetto di una *forma mentis* che è nata dall'essenzialismo ontologico, e che in Inghilterra si è da esso emancipata fin dal medioevo, orientandosi in modo diverso che nel resto d'Europa (31).

---

(31) Segni di una forte vicinanza alla prassi dell'esperienza giuridica inglese, ed in genere anglosassone, sono stati molte volte notati in riferimento all'analoga e molto diversa situazione francese. Se non vado errato, le prime ed icastiche indicazioni si trovano in TOCQUEVILLE, che sviluppò questa teorica del confronto, in base ad osservazioni compiute già in *De la démocratie en Amerique* (1835 e 1840), in *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856). In Francia « i letterati » erano divenuti « una vera potenza politica », anzi « la maggiore tra tutti », ma separata da chi realmente amministrava il Paese. Esistevano due mondi « separati e senza relazioni tra loro. In uno si amministrava, nell'altro si formulavano i principi astratti sui quali l'amministrazione avrebbe dovuto basarsi ». Nel primo si seguiva « la pratica e la tradizione », nel secondo « si stabilivano le idee generali, senza mai pensare alla lor pratica applicazione. Agli uni era riservata la direzione degli affari, agli altri quella delle intelligenze ». Prevalse « tutta una educazione politica di un gran popolo fatta esclusivamente ad opera di letterati » e s'impose « la tendenza verso teorie generali, verso sistemi compiuti di legislazione, verso una simmetria esatta nelle leggi ». Perciò « lo stesso linguaggio politico tolse a prestito molte formule da quello letterario e riboccò di termini astratti, di parole pretenziose, di movenze letterarie ». Al contrario « in Inghilterra quelli che scrivevano di politica e quelli che la facevano vivevano insieme una stessa vita » (*A.R.*, lib. III, cap. I, in fine). Questo fu « uno dei nuclei tematici » dell'*Ancien Régime*: ed è « un elemento fondamentale per la comprensione dello " spirito " della Rivoluzione »: F.M. DE SANCTIS, *Tempo di democrazia. Alexis de Tocqueville*, ESI, Napoli 1986, p. 407. Georges SOREL, in *Les illusions du progrès* (Paris 1908, cap. II, § 2, trad. it. di A. Lanzillo, Sandron, Milano-Palermo-Napoli s.d., ma 1910, p. 99), pur senza citare Tocqueville, accolse la distinzione, ma attribuì l'astrattismo ai giuristi: « la lingua parlamentare in Francia è una filastrocca di espressioni comuni e di termini giuridici usati a diritto e a rovescio ». È invece in Inghilterra « che la lingua volgare è usata nella legislazione inglese molto più che in ogni altra » (con citazione di H.J. SUMNER MAINE, *Etudes sur l'histoire du droit*). Senza indicare nessuno di questi precedenti, M. BLOCH, *La société féodale*, Albin Michel, Paris 1939, trad. it., Einaudi, Torino 1949, p. 93, affermò che « l'antico inglese s'era ben presto elevato alla dignità di lingua letteraria e giuridica. Il re Alfredo voleva che i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si può dire che la direzione secondo cui si è evoluta l'esperienza giuridica nell'Europa continentale abbia proceduto da quell'essenzialismo teoretico di origine aristotelico-scolastica al pragmatismo problematico, quale si è affermato con la rivoluzione scientifica e verso cui faticosamente e con molte difficoltà si procede tuttora. Non a caso l'influenza del pensiero anglosassone è stato determinante per la formazione della scienza moderna da Francis Bacon in poi. Certo la preferenza per le tematiche medievalistiche si è manifestata dopo che per molti secoli il diritto romano aveva costituito l'oggetto pressoché unico della scienza giuridica: questo è un dato di fatto elementare ed è un carattere attivo talmente a lungo nel tempo, che è impossibile non iniziare da esso qualunque meditazione sui problemi del diritto. Il ceto giuridico in formazione si servì, prima e dopo la nascita della scuola di Bologna, di una formula teoretica allora imperante, l'identità *ratio-antiquitas*, ed assunse, grazie anche ad essa, funzioni nello stesso tempo tecniche e sacerdotali, avviandosi a sostituire altre presenze cetuali ed istituzionali nell'organizzazione della *res publica*. Perciò — e l'affermazione seguente non è né un paradosso né un cedimento al feticismo medievalistico ormai quasi estinto — lo studio dell'esperienza giuridica moderna di necessità ha un inizio che è ben dentro il medioevo, e guarda al formarsi del ceto tecnico e dei suoi strumenti culturali come al suo primo passo, che fu compiuto in Italia fin dal secolo dodicesimo.

In questa direzione la medievistica giuridica italiana sta realizzando importanti progressi. Si cerca di superare la dimensione della ' pura ' scienza, della tecnica e del pensiero in astratto e si guarda agli interessi concreti, agli uomini, ai gruppi che hanno impersonato quelle realtà. Si segue il tortuoso *iter* del « ceto giuridico » che « gradualmente » portò « la figura del sapiente » giureconsulto « dalle aule accademiche a quelle dei grandi tribunali », dove il diritto, « divenuto scienza di alti funzionari », trovò « nell'apparato monarchico il puntello fortissimo del suo nuovo prestigio » (32). Infatti il

---

fanciulli lo imparassero a scuola prima che i meglio dotati passassero al latino ». Questo fu un « caso veramente unico, in quel tempo, di una civiltà che seppe mantenere il contatto coi mezzi di espressione della moltitudine ».

(32) E. Cortese, *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in AA.VV., *Università e società nei secoli XII-XVI*, « Atti del nono Convegno Internaz. di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

' mestiere ' è il mezzo mediante cui ci si realizza ed esprime, non è esso stesso il contenuto ed il fine della vita. Lo specialista corre spesso il grave rischio di confondere forma e sostanza della sua esperienza. Uno dei nostri Maestri, tra i più saggi e più cari, Giulio Vismara, ha espresso stamattina un concetto tanto semplice quanto fondamentale: « il giurista non è soltanto un tecnico, ma un uomo che agisca per la realizzazione della giustizia nella società ».

Certo il rapporto tra scienza e vita si è posto a partire dalla rivoluzione scientifica e dall'illuminismo in modo molto differente che prima, ossia in forme consapevoli e dirette. Ciò non significa che fosse inesistente o debole nell'età medievale e nei primi secoli dell'età moderna. Era tuttavia, rispetto a ciò che avvenne con l'affermarsi del pensiero critico, completamente diverso il modo di realizzare il collegamento teoria-prassi. Tale diversità è dovuta alle profonde differenze tra i due concetti di scienza, prima teologico poi pragmatico, per un verso essenzialistico per un altro fenomenologico. Prima — ed è un paradosso soltanto apparente — il nesso teoria-prassi si manifestava non solo con scarso interesse verso il secondo termine e con scarsa consapevolezza, ma spesso con senso di colpa e negando se stesso. Il primato della teoresi e l'abbandono teorico della prassi obbedivano al concetto metafisico della scienza, ma anche, e per conseguenza, ad esigenze di condizionamento del potere e di legittimazione dell'ordine costituito: in questo modo soddisfacevano bisogni primari di organizzazione della società e dello Stato. Perciò la tendenza a privilegiare il diritto comune rispetto al diritto contemporaneo, ossia le strutture ontologiche ed essenziali rispetto alla prassi, era una preferenza di origine sia teorica che pratica, dovuta a motivi gnoseologici ma anche alla complessa strategia richiesta dalla politica del diritto. Con il rafforzarsi degli Stati e degli apparati, poiché il livello giuridico pragmatico, ossia il momento giurisdizionale ed amministrativo, era stato affidato sempre più all'arbitrio dei magistrati, la dottrina rivolse le sue cure più alle forme che alla sostanza dell'esperienza giuridica. Infatti dalle prime e non dalle seconde i giuristi traevano prestigio e potere. Le dottrine colte influivano sulla complessa sfera politica più efficace-

---

studio », Pistoia 20-25 set. 1979, Editografica, Bologna 1983, pp. 280-1. Cfr. ora, ancor più esplicitamente, ID., *Il rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni, Roma 1992, *passim.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente della letteratura pragmatica, mentre la prassi, essendo affidata all'arbitrio giurisdizionale, non richiedeva un'elaborazione creativa e di grande impegno. Comunque quest'ultima, a causa della sua materialità e precarietà esistenziale, non avrebbe mai potuto rappresentare il campo di Marte di una *Scientia* che era tenuta a rispettare i canoni idealistici dell'aristotelismo.

La prevalenza della filosofia aristotelica, in modo diretto o nella forma tomistica, nelle Università d'Europa durante i primi secoli dell'età moderna fu un elemento che contribuì — com'è ovvio — fortemente a frenare lo svilupparsi di una propensione pragmatica presso i cultori di scienze sociali. Ha osservato molto di recente il Vasoli che nell'Università di Salamanca, mentre « nel primo quarto del secolo XVI » si possono ancora distinguere « le tre " vie " rappresentate dai " tomisti ", dagli " scotisti " e dai " nominalisti " [...], nel corso dei trent'anni seguenti il tomismo diventò la dottrina dominante e le cattedre fondamentali furono tutte rette da maestri domenicani ». Il punto d'arrivo clamoroso di questo processo di ritorno dell'aristotelismo è in episodio ben noto: nell'ottobre del 1691 il granduca Cosimo III dei Medici impose che « niuno dei professori della Università di Pisa » potesse leggere o insegnare « pubblicamente né privatamente, in scritto o in voce », altra filosofia che « l'aristotelica ». Da tutto ciò traeva, con il consueto senso della concretezza, le debite conseguenze il già ricordato Costantino Grimaldi, citando a sostegno della sua tesi l'amico Muratori: l'aristotelismo è « l'unica strada che conduce alcuni a certi gradi e certe cattedre » (33).

2. *La crisi del formalismo scolastico.*

La prevalenza schiacciante ed oppressiva di una scienza formalistica, astratta, lontana dai bisogni reali fu tuttavia da molti avvertita

(33) C. Vasoli, *Conclusioni* al volume AA.VV., *Rationalisme analogique et humanisme théologique. La culture de Thomas de Vio 'Il Gaetano'*, Actes du Colloque de Naples, 1er-3 nov. 1990, réunis par Bruno Pinchard et Saverio Ricci, Vivarium, Napoli 1993, p. 388. La disposizione di Cosimo III in M. Torrini, *Dopo Galileo. Una polemica scientifica (1684-1711)*, Olschki, Firenze 1979, p. 28. La cit. di Grimaldi è tratta dal ms. cit. *supra*, nt. 3, f. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come un non senso negli ultimi secoli dell'Antico Regime, quando la crisi dell'ontologismo e del provvidenzialismo, la perdita della « forme constante » aristotelica, aprirono la strada al pirronismo teoretico ed al pragmatismo. Si fecero allora più pesanti le accuse contro l'inattendibilità e la parzialità della mediazione giuridica patriarcale. Ma per il composito, ed in fondo concorde, ordine dei giuristi non era possibile — a pena di dissolvere ogni certezza, ogni regola ed ogni autorità — uscire verso il mare tempestoso, accettando (come aveva fatto, non senza profonda preoccupazione, il privato cittadino Montaigne) la perdita « du port et du visage de la vérité ». Il diritto comune non appariva più un porto sicuro, dato e non concesso che tale sia mai stato. Ma, in mancanza di meglio, ogni ridosso è porto. L'autore degli *Essais* considerava sempre traumatico il cambiamento (« si deve temere il cambiamento », persino « delle stagioni, dei venti, dei viveri, degli umori »), ma non era — come invece fanno alcuni tra i nostri contemporanei — disposto a chiudere gli occhi per non vedere, e perciò (lo ha notato Jean Starobinski) non ammetteva che « le leggi del passato possedessero di per sé un'incrollabile rispettabilità ». Che di fatto fu demolita. Nel 1769 la legislazione e la giurisprudenza apparivano al giurista toscano Domenico Ceri « in balia degli scettici ». Da una parte, i vecchi dotti, essendo « da gran tempo in possesso della sacrosanta legislazione, gli dispiace di doversene spogliare, con detrimento del loro sfrenato arbitrio », e per non « pregiudicare così ai loro vili interessi e meno leciti guadagni »: ma, d'altra parte, era del tutto sconsigliabile affidare il diritto « alla disputazione degli uomini come l'altre umane scienze » ([34]). Eppure intanto un prezzo altissimo si pagava. L'arroccamento dietro l'argine del diritto comune, pur necessario, anzi obbligato, era divenuto uno strumento culturale sempre più separato dalle esigenze pragmatiche. Di qui il persistere del formalismo giuridico d'Antico Regime.

Questo antico e nuovo malanno stenta a trovare nella storiografia giuridica lo spazio che in realtà ebbe nella storia. La difficoltà di retrodatarne l'analisi nasce dal carattere dogmatico, sistematico,

---

([34]) D. CERI, *Prodromo all'estirpazione del Pirronismo dalla ragion civile d'Italia*, s. l., ma Firenze 1769, pp. 29, 23 e 5. Sul « cambiamento » in Montaigne, J. STAROBINSKI, *Montaigne en mouvement*, Gallimard, Paris 1982, trad. it., Il Mulino, Bologna 1984, cap. VII (sugli « affari pubblici »), p. 322.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unificante del formalismo giuridico ottocentesco, fisionomia che lo stesso fenomeno non ebbe nei tre secoli precedenti. Allora anzi la scienza giuridica conviveva col particolarismo più spinto grazie alla comune illusione di realizzare i rimedi del caso per caso, ossia per effetto della pretesa di attuare validi strumenti di giustizia materiale. Al particolarismo della scienza, che non era in grado di unificare i suoi criteri e raramente vi aspirava davvero, si aggiungeva quello della giurisdizione, che si suddivideva in mille magistrature, e quello della prassi, che dava luogo a innumerevoli usi ed abusi. Il privilegio si vestiva dell'aspirazione al soddisfacimento della giustizia materiale. Ciò nonostante la cultura illuministica, proprio in virtù delle sue esigenze di concretezza e di pragmatismo, nella fase prerousseauviana non puntava i suoi strali specialmente contro il privilegio e per conseguire l'uguaglianza, ma contro la dispersione, l'incertezza, le difformità, l'imprevedibilità. Tipico è il caso di Voltaire: « Si pensò di rendere uniforme la giurisprudenza in ogni ramo »: ma non vi si riuscì. « È un fortissimo inconveniente che uno stesso tribunale abbia a statuire in base a più di cento usanze diverse [...]. Non si pretende già che i diversi ' ordini ' dello Stato siano soggetti alla stessa legge. S'intende che gli usi della nobiltà, del clero, dei magistrati, dei coltivatori debbano essere diversi; ma è senz'altro auspicabile che ogni ' ordine ' abbia una legge uniforme per tutto il regno, ciò che è giusto e vero nella Sciampagna non sia reputato falso in Normandia. L'uniformità è un merito in ogni ramo dell'amministrazione; ma le difficoltà di questa grande opera hanno spaventato ». Le richieste di uniformità, di ordine, di prevedibilità, di certezza, esprimevano l'esigenza di avvicinare le astratte teorie e le vantate idealità alla prassi, e — risvolto pratico delle stesse istanze — di controllare il potere arbitrario: « è sicuro — aveva scritto poco prima lo stesso Voltaire — che mai i magistrati avrebbero riformato le leggi [...] se non ci fosse stato un sovrano a perseguire in linea di principio tutti questi grandi scopi ».

Il formalismo d'Antico Regime fu una soluzione strumentale al primato del ceto giuridico, fu una tecnica del potere e della mediazione politica che mantenne in piedi, fino al dispotismo (cosiddetto) illuminato (ma quasi mai lo fu davvero), le macchine degli Stati e creò un costituzionalismo raffinato, preciso anche se non scritto; ma ebbe conseguenze gravissime sia sulla giurisdizione e legislazione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sulla scienza. Le prime furono abbandonate a se stesse, nel caos più completo, tuttavia funzionale all'arbitrio e solo da esso sanato. Quanto alla scienza, alle pompose dottrine, esse non illuminavano la realtà, non disciplinavano il meccanismo della prassi, che erano disertati dalla teoria e declassati, come vedremo. Di fronte a una scienza prestigiosa e saccente, trionfavano il particolarismo più specifico e sfrenato, il disordine generalizzato. Rispetto alla quadruplice forma — dottrinale, legislativa, giurisdizionale e pragmatica — del particolarismo non c'era altro rimedio che l'arbitrio dei magistrati esercitato tirannicamente. A questo sommarsi di elementi dispersivi faceva da schermo un fattore di unificazione, che tuttavia agiva a livello soltanto ideale e formale: il diritto comune come vago ' progetto '.

All'atto pratico la sua efficacia sintetica era ben poca cosa. La storia non ha mostrato che due soluzioni per unificare gli ordinamenti giuridici: per un verso la giurisprudenza inglese, affidata a un ceto tecnico potente, ristretto ed accentratore, ben inserito; per un altro verso la codificazione francese, imposta direttamente dai ' politici '. In particolare — come ha scritto a questo proposito van Caenegem — « non si potrebbe immaginare un contrasto più ampio di quello tra l'evoluzione inglese ed italiana ». Gli elementi distintivi sono nel pragmatismo inglese e nel dottrinarismo italiano, nella centralizzazione del sistema giurisprudenziale inglese e nel particolarismo esasperato della situazione italiana in tutti i suoi aspetti, teoretici, scientifici, giurisprudenziali, giurisdizionali, pragmatici, politici e sociali. Ma è da aggiungere un elemento, su cui specialmente il Dawson ha insistito. Il sistema inglese prevedeva come momento centrale la elaborazione, sia pur centralizzata, dei precedenti, ossia delle massime nate in sede di motivazione delle sentenze. Anzi, in questa capacità di esprimere i motivi, per di più elaborandoli e fondendoli, era l'aspetto forte del sistema, che in tal modo continuamente attingeva dalla prassi e subito sistematizzava con moderazione ed accentrava con energia. Il collegamento sentenze-dottrina era pertanto strettissimo: « decisionmaking and the elaboration of doctrine are conceived to be inseparable; they are fully intermingled » ([35]) . Ed invece altrove, ed in particolare in Italia,

([35]) Di VOLTAIRE cfr. *Siècle de Louis XIV* (prima ediz., Berlino 1732, ed. definitiva 1768), trad. it. U. Morra, con intr. di E. Sestan, Einaudi, Torino 1951, pp. 370-1 e 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'orientarsi degli ingegni giuridici verso un esasperato dottrinarismo (sia pure, anzi tanto più in quanto, per altri versi utile) e la mancata motivazione delle sentenze furono fenomeni correlativi. Lì è da cercare l'origine della *forma mentis* incline alla separazione (di fatto) tra teoria e prassi ed al loro andamento privo di effettiva e diretta comunicazione. Tutto questo ha prodotto poi a lungo (ed ancor oggi esercita) effetti catastrofici sull'intera cultura e vita civile di un Paese, come l'Italia, che ha avuto il non felice privilegio di essere la culla del diritto in Europa.

Infatti, dopo qualche secolo, la culla si era trasformata in un letto di Procuste.

Gli ordinamenti fondati sul diritto comune, dopo la caduta o il sostanziale annientamento di alcuni istituti fondamentali della garanzia validi nei piccoli centri del medioevo comunale — la motivazione delle sentenze, il sindacato degli officiali, la responsabilità del giudice — divennero il mero schermo di un assolutismo arbitrario e molto composito, di cui gli apparati dello Stato costituivano la struttura portante. In questo quadro va posto il cosiddetto ' sistema ' che alcuni cultori di una scienza, in sé e per sé, inesistente, malati di provinciale sciovinismo disciplinare, per effetto di un tortuoso processo di autogratificazione del loro sapere e di autogiustificazione della propria incapacità d'inserire le proprie ricerche nei meccanismi complessi della storia, vorrebbero indicare come rimedio alla crisi del diritto nel mondo moderno. Ci vuol ben altro. Innanzi tutto, è il caso di superare i compartimenti stagni delle discipline, vincere le deformazioni professionali e cercar di comprendere — *intellegere* esattamente e criticamente — ciò che è avvenuto. A questo punto proprio il diritto comune diventa l'anello indispensabile di una catena di conoscenze critiche che o regge tutta insieme, o fallisce appieno o diventa ferro vecchio nelle mani non solo dei medievalisti, ma anche dei modernisti. Perciò — per

---

Di van CAENEGEM, *op. cit. infra* in nt. 39, p. 88. Di J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, University of Michigan, Ann Arbor 1968, pp. 1-99 (la citaz. è a p. XIII). Sulla motivazione delle sentenze, T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in « Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger », 61, 1955, pp. 4-53. Di Dawson e di Sauvel saranno pubblicate quanto prima le trad. it. nella collana « Storia e diritto », Jovene editore, Napoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conoscere criticamente il fenomeno, non per glorificarlo antistoricamente — le ricerche sul diritto comune sono indispensabili; perciò dobbiamo esser grati a chi, dedicandosi ad una materia spesso ostica, ancora vi lavora con intelligenza, con spirito di sacrificio e con pazienza.

Se questa operazione conoscitiva è compiuta, ci si rende conto di un problema che ha avuto ed ha risvolti gravissimi. Il formalismo giuridico è nato da motivi lontani nel tempo e molto validi, ma appunto perciò, per le ragioni originarie e per le molte altre non meno plausibili e concrete emerse via via fino alla crisi dell'Antico Regime, si è protratto nel vecchio Continente per circa otto secoli. Questa lunga durata del formalismo ha fatto sì che la stessa intima dinamica del pensiero giuridico, la sua struttura, i suoi equilibri interni hanno subìto dalle condizioni in cui ha dovuto operare deformazioni profonde, o, se si vuole, orientamenti radicatissimi. Ben al di là delle singole scelte tecniche, fu il modo di pensare dei giuristi e di gran parte della classe dirigente a subire l'impronta di quell'assetto della teoresi. Essa fu rivolta per secoli a realizzare astratti esercizi ideali e formali ed a privilegiarli per fini politici ulteriori rispetto agli scopi pratici immediati e naturali verso cui si sarebbe dovuta orientare e che nell'antichità classica erano stati l'obiettivo primario della scienza giuridica. La teoria fu indotta non ad elaborare strumenti adeguati ai bisogni emergenti e specifici dell'organizzazione sociale, ma ad esaltare le funzioni culturali e politiche del ceto, a definire l'immagine astratta delle monarchie e del potere, ad abbellire di arzigogoli barocchi la facciata del ' palazzo ', piuttosto che ad edificarne la funzionalità. Trascurate del tutto furono le strutture giuridiche pratiche ed umili, quelle che sarebbe stato necessario creare e curare per dar vita a una più giusta convivenza sociale. Tutto questo avvenne man mano che gli Stati moderni videro nascere i loro potenti apparati tecnici e vi sottoposero le rappresentanze medievali dei ceti. Di qui l'enorme divario dottrine-prassi, l'estremo dispendio delle energie in una funzione utile solo nel suo esser fittizia: il formalismo scientifico. Nel secolo XVIII al dottrinarismo dei giuristi di mestiere si aggiunse un dottrinarismo uguale e contrario, quello ideologico dei letterati politici, poiché sempre errore induce in errore, eccesso chiama eccesso. Tocqueville e Sorel, che per primi hanno notato e studiato le origini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del formalismo d'Antico Regime, avevano ragione entrambi, ed hanno illuminato due versanti dello stesso problema.

3. *Verso un nuovo rapporto teoria prassi.*

Il fenomeno del dottrinarismo insensibile alla prassi, in cui la esperienza giuridica idealistica e libresca del vecchio Continente s'iscrive, per altro è noto, fu studiato per tempo nel nostro secolo — non a caso — da quella cultura anglosassone e nordamericana che meglio è in grado di oggettivare il problema, perché ne fu meno contagiata, o — se si vuole — più immune. È un rilievo fondamentale del pragmatismo americano che credere « nell'esistenza dei valori indipendentemente da ciò che facciamo », ossia da come in concreto siamo soliti operare, produce « confusione, irresolutezza e intorpidimento della volontà ». Lo « studio impiegato per ottenere una certezza puramente teorica » distoglie dal « perfezionamento delle tecniche » ([36]) atte a conseguire in concreto quegli stessi valori, o la parte realizzabile — spesso minima, ma certa — di essi. In tal modo in astratto si vuole tutto e qualcosa ancora di più, con grande sussiego intellettuale, con pieno compiacimento morale, e con effetto pratico — nel caso migliore — nullo. In realtà le conseguenze non sono insignificanti, perché la deformazione mentale è certa e spesso irreversibile. Non a caso l'unica e riuscita *Revolt Against Formalism* fu descritta da Morton White nel suo libro del 1952 che ha questo titolo: ed avvenne negli Stati Uniti, dove meno ve n'era bisogno.

Ma riportiamo il nostro sguardo verso l'Europa del tardo diritto comune.

Dalla vaga sensazione che il formalismo si stava radicando in strutture mentali profonde venne, nella cultura nuova, l'esigenza inappagata, e perciò disordinata, crescente e presto a sua volta

---

([36]) DEWEY, *The Quest for Certainty*, cit. in nt. 30, *ibidem*. Per il dibattito a distanza tra Tocqueville e Sorel, cfr. *supra*, nt. 31. Esempi concreti dello scontro tra opposti dottrinarismi nel tardo Settecento meridionale sono nel mio *Crisi del feudalesimo e nascita dell'ideologia imprenditoriale nel Mezzogiorno*, in R. AJELLO, I. DEL BAGNO e F. PALLADINO, *Stato e feudalità in Sicilia. Economia e diritto in un dibattito di fine Settecento*, Jovene, Napoli 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

debordante, di una qualsiasi saldatura, o almeno di un avvicinamento, tra gli astratti valori e la vita reale, tra la teoria e la prassi. Meglio ridimensionare le idealità, per renderle operanti, che dar credito ai vaniloqui pretenziosi e raffinati dei *sacerdotes juris*, schermo per ogni tipo di abuso. Questa fu la novità dell'esperienza giuridica moderna. Più che nuovi contenuti ideali della giustizia, si cercò una verificabile, meno arbitraria corrispondenza tra forma e realtà. Di lì nacquero — tra l'altro — i codici, che ben possono esser visti oggi come strumenti vecchi e superati, purché si capisca l'istanza fondamentale che li creò e la si consideri ancor valida: vincere l'arbitrio e portare in terra gli astratti ideali, verificandoli grazie non più a pretese sacerdotali di mediazioni *super partes*, ma a tavole controllabili di legislazione e ad espliciti e precisi riferimenti imposti alla giurisdizione.

Due esempi che riguardano l'insegnamento del diritto, e che perciò non sono fuori tema, è il caso di ricordare. Un visitatore d'eccezione, come Montesquieu, venne a Napoli nell'aprile del 1729 e scrisse nei suoi appunti di viaggio che nella città erano addetti alle attività giuridiche ed ai tribunali circa « 50.000 de ce gens de pratique ». Ed aggiunse: « y vivent bien ». Ma, come fu dimostrato tre anni più tardi, nessuno era in grado d'insegnare in termini scientifici il diritto moderno, erano tutti o meri « praticiens » o paludati studiosi di diritto romano. Infatti nel 1732 a Napoli la presenza di un Cappellano Maggiore newtoniano, ossia — oggi diremmo — di un Rettore dell'Università d'idee molto moderne, come Celestino Galiani, animò il progetto d'istituire finalmente nel Pubblico Studio fridericiano una cattedra di diritto moderno o *jus regni*, ad imitazione dell'analogo insegnamento voluto da Luigi XIV nel 1679 a Parigi. Ma l'iniziativa napoletana fallì: dalla discussione che si svolse in Collaterale emerse che « difficilmente si troverà Cattedratico che avesse potuto riempiere con soddisfazione la cattedra del *jus Regni*, affatto ignorato da tali professori, e saputo solamente da que' che versano nel foro » (37).

---

(37) MONTESQUIEU, *Voyage de Gratz à la Haye*, in *Oeuvres complètes*, par R. Caillois, éd. de la Pléiade, Gallimard, Paris 1949, I, pp. 723. Montesquieu dice di aver ricevuto questa notizia dal viceré (il conte d'Harrac). Le parole sulla carenza d'insegnanti di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La situazione, per altro, non era molto diversa a Parigi. Nel 1782 André-Jean Boucher d'Argis riferì che « dans la faculté de droit [...] l'étude du Droit François, qui devroit former le principal objet des leçons, est la moines considérée et la plus négligée ». Egli si domandava: « Pourquoi n'a-t-on pas suivi le plan de l'Edit du mois d'Avril 1679, et nommé plusieurs Professeurs en Droit François, deux au moins? [...] Par quelle raison cet objet intéressant est-il absolument négligé dans les écoles? » E concludeva che, mentre un « bon Jurisconsulte » dovrebbe dimostrarsi nello stesso tempo « bon Praticien », la qualifica di professore di diritto francese era « un titre avili » proprio perché equivaleva a « praticien » (38). In effetti, se Voltaire era solito collegare gli aggettivi feudale, gotico e medievale e li usava in senso dispregiativo, egli aveva motivi molto seri e lo si può comprendere: non è detto però che lo si debba imitare, poiché il tempo, ad onta delle « ateoretiche » infatuazioni medievalistiche, scorre non solo oltre il medioevo, ma ben oltre l'illuminismo, che è — come si sa e come m'illudo di aver io stesso contribuito a dimostrare — fenomeno tutt'altro che univoco.

Evidentemente il realismo, che per effetto della rivoluzione scientifica si era manifestato anche in Francia, non aveva potuto investire sostanzialmente i sacri templi della *Scientia juris*. Era possibile demolirli, non riadattarli alla nuova mentalità. E se così andavano le cose a Parigi, c'è da immaginare ciò che avveniva in Italia ancora alle soglie della rivoluzione francese. Eppure fin dal 1730 una delle accuse più chiare ed efficaci contro il formalismo giuridico era stata pronunziata da un grande economista, Jean-François Melon, amico e conterraneo di Montesquieu: « Il est emportant [...] de ne pas choisir les Loix sur la seule spéculation; c'est l'expérience qui doit en faire connoitre l'utilité ». Ed invece « les Loix Civiles » comunemente insegnate in Francia « sont remplies de cette sagesse de spéculation pernicieuse dans l'usage ». Perciò « toutes les précautions accordées pour éclaircir la vérité

---

diritto moderno sono in N. Fraggianni, *Notamenti del Collaterale*, tomo XVI, lug.-dic. 1732, f. 41, in Biblioteca vescovile Annibale De Leo, Brindisi, ms. B/48.

(38) A.-J. Boucher D'Argis, *Lettres d'un Magistrat de Paris à un Magistrat de province sur le Droit Romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Genève 1782, ora con nota di lettura di Witold Wolodkiewicz, Jovene, Napoli 1984, pp. 32-3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deviennes une source inépuisable de moyens qui la déguisent, ou l'anéantissent sous des formalitez odieuses » (39).

Interessante sarebbe un esame — ma non è questo il luogo — sui precedenti del fenomeno, ed in particolare sull'atteggiamento di quegli storici del diritto che, trascinati dall'onda della rivoluzione scientifica, già nel Seicento e Settecento hanno inteso l'esperienza giuridica non come espressione, sia pure storicamente determinata, di strutture fondamentali metastoriche, intellettuali e morali *a priori*, ma come conseguenza immediata e precaria d'interessi contingenti, di bisogni sociali, da riscontrare in concreto e caso per caso, ossia come effetto di precise e storiche « utilità ». Si ebbe intorno a questi temi un significativo dibattito, personale o indiretto, che vide da un lato i sostenitori della totale storicità dell'esperienza giuridica e quindi della sua necessaria, assoluta ' modernità ', dall'altro gli adoratori del diritto come categoria perenne e priva di eclisse, la « ragion civile », impersonata dalla esperienza romana. Erano posizioni, entrambe, tutt'altro che volgari: tra i primi son da porre due grandi, lucidissimi ecclesiastici, Giambattista De Luca e Claude Fleury, ed alcuni laici non meno acuti e combattivi come Francesco D'Andrea, Pietro Giannone, Bernardo Tanucci; tra i secondi Donato Antonio D'Asti ed il vero *leader* della cultura scientifica e cattolica italiana di metà Settecento, Guido Grandi.

Questi ultimi riuscirono a prevalere di fatto. Anche perciò si è ritenuto fino all'altro ieri che le esperienze giuridiche importanti abbiano avuto una loro stagione e collocazione privilegiata nell'evo antico e nel medio evo, come se il mondo moderno non avesse suoi

---

(39) J.F. MELON, *Mahmoud le Gasnevide, Histoire orientale, fragment traduit de l'Arabe*, J. Hofhoudt, Rotterdam 1730, p. 104-5 (ora in ed. anast., MELON, *Opere*, II, *Scritti editi*, a cura di O. Nicastro e S. Perona, Siena 1977). Labrède è a due passi da Bordeaux, Tulle, paese natale di Melon, è a mezza strada tra quel capoluogo e Clermont-Ferrand. Che il diritto non sia « logica ma esperienza » è uno dei canoni del pragmatismo americano, espresso dal giudice Holmes e ripreso da R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, trad. it. L. Ascheri Lazzari, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Giuffrè, Milano 1991, p. 14. Cfr. anche ASCHERI, *Presentazione*, ivi, p. IX. Sul realismo di Holmes, M. WITHE, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, The Viking Press, New York 1952, trad. it. A. Prandi, Il Mulino, Bologna 1956, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifici e differenti problemi organizzativi da risolvere. Ed invece, se dall'oggi si risale al passato, son più vicini alla nostra esperienza attuale Claude Fleury e Gaetano Filangieri che Bartolo o Baldo, e questi ultimi, anziché Papiniano o Gaio. Era decisamente deformata la prospettiva che per molti secoli ha posto in prima linea i giuristi antichi ed in ultima i medievali e poi di recente ha trascurato e considerato irrilevanti, per la storia giuridica, i moderni. E che il processo di cambiamento sia ben lungi dall'esser chiuso è dimostrato dal fatto che ancor oggi, nel rapporto accademico tra le dimensioni della storia antica da un lato e medievale-moderna dall'altro, questo squilibrio è evidente e grave. Non solo porta a una dispersione di energie storiografiche, che sarebbero meglio utilizzate se s'indirizzassero a porre quesiti ed a risolvere problemi più vicini all'attualità, ma conferma e riproduce oggettivamente, nonostante gli encomiabili sforzi dei nostri colleghi romanisti, antiche visioni essenzialistiche del diritto.

Per la concezione ontologica e statica dei valori il tempo era — come si sa — senza significato sostanziale. A quest'idea si è sommato l'interesse diretto a difendere ed a proteggere la mediazione cetuale, ossia la funzione *super partes*. Agivano in questa direzione non soltanto spinte settoriali — lo spirito coesivo degli apparati statali — ma anche finalità di ordine generale. Per realizzare una certezza dottrinale ed endogiurisprudenziale (a sua volta fonte di arbìtri, ma interni all'interpretazione giuridica e non di natura politica) bisognava ripiegare sul passato più lontano e prender le distanze dalle precarietà politiche recenti e dalle novità esistenziali. L'opzione antiquaria nasceva da un idealismo formalistico ben fondato, ossia fortemente giustificato dalle esigenze di dialettica dei ceti e dalla connessa politica del diritto che gli apparati statali erano indotti a realizzare per mantenere il loro predominio, conquistato all'ombra delle grandi monarchie fin dalla metà del secolo XVI.

L'idealismo strumentale della esperienza giuridica moderna fu in gran parte neutralizzato con la fine dell'Antico Regime, e di queste novità si ebbero riflessi evidenti nella stessa storiografia ottocentesca, da Sclopis a Brandileone. Non c'è dubbio, ad esempio, che la fortuna, alla fine del Settecento ed agli inizi dell'Ottocento, di una scienza nascente come la statistica, e poi della comparazione legislativa tra i vari ordinamenti d'Europa, fino alla istituzione di numerose

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cattedre di diritto comparato (40), furono segni di un aprirsi verso la dimensione pragmatica, di un trasferirsi degli interessi dal *sapere* all'*intellegere*. Altre strade verso la sociologia, l'economia, le scienze naturali e verso un'utilizzazione piena del metodo empirico si dischiusero alla fine del secolo XIX. L'esistenza di queste nuove vie rende evidente che, mentre la deformazione antiquaria d'Antico Regime nasceva da motivi non solo teoretici, ma anche pratici, l'analogo atteggiamento frequente negli storici vissuti nel secolo XIX e nel XX fu un residuo del tutto erroneo e non pragmaticamente giustificato di quelle antiche tendenze teoretiche. E quanto al neoidealismo che si è affermato in Italia all'incirca a partire dal 1910, esso è nato del tutto privo di quelle giustificazioni sostanziali.

4. *La recidiva idealistica.*

I motivi di questo ritorno all'idealismo son noti, ma è il caso d'indicarne rapidamente i tempi ed i modi. Le tendenze positivistiche che avevano portato, nella seconda metà del secolo XIX, ad un'accentuata dispersione delle tematiche ed al prevalere degli interessi filologici avulsi da qualsiasi ricostruzione sintetica e insensibili all'esigenza di porre criticamente il problema del punto di vista e della sua coerenza unitaria. Per liberarsi dalla « aridità della filologia », per superare il mero filologismo, per combattere la « prevalenza del metodo filologico », si era cercato « un punto dominante mercé il quale abbracciare in un'unica valutazione tutto quanto era avvenuto in Italia negli istituti e negli ordinamenti dalla caduta dell'impero romano occidentale fino all'età contemporanea » (41).

Questa esigenza di « un punto dominante » di agglomerazione contro la dispersività filologistica fu soddisfatta in varie direzioni. La tendenza, schupferiana e poi abbastanza generalizzata, diretta ad

---

(40) A Napoli, delle tredici cattedre che aveva la Facoltà di legge dopo la riforma del 1872 (ministro Cesare Correnti), due, nuove, furono quelle di Storia del Diritto e di Filosofia del Diritto, e due riguardavano la dimensione comparatistica: Interno comparato e Privato comparato. Cfr. L. Russo, *La nuova Italia* in AA.VV., *Storia della Università di Napoli*, Napoli, Ricciardi 1925, p. 622.

(41) B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano*, in AA.VV., *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana, 1896-1946*, Scritti in onore di B. Croce per il suo ottantesimo anniversario, a cura di C. Antoni e R. Mattioli, Esi, Napoli 1950, II, p. 361.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuare alcuni « princìpi » o « fattori » (latino, germanico, cristiano) era già espressione di un bisogno sintetico. Com'è stato opportunamente rilevato (in base a posizioni tuttavia adesive e non critiche), da questa soluzione schupferiana usciva il diritto come « idea », quale « prodotto dello spirito umano ». Lo Schupfer guardava al fenomeno giuridico come ad « un dramma di coscienze e di civiltà, un contrasto tra civiltà e barbarie e tra diverse concezioni della vita umana ». In questo modo già Schupfer « si opponeva all'apprezzamento un pò meccanico e naturalistico che di quegli ' elementi ' o ' fattori ' della storia del diritto [...] veniva fatto da altri » (42).

La critica dei « fattori » fu sviluppata per tempo, fin dal 1896, da Antonio Labriola. I « fattori » nascevano « dal bisogno di orientarsi sopra lo spettacolo *confuso* che le cose umane presentano a chi voglia narrarle ». Essi potevano servire in sede storiografica per una « provvisoria orientazione », ma comportavano il pericolo che « le opere, gli effetti, le emanazioni, gli efflussi dell'attività umana » venissero « tradotti e convertiti in leggi, in imperativi e in principii che stessero al di sopra dell'uomo stesso ». Anche Labriola, mentre per un verso avanzava queste critiche e riaffermava che la filologia « è il sussidio strumentale di ogni ricerca », per un altro verso ribadiva di voler professare, contro la dispersione filologistica, « un principio affatto unitario della interpretazione storica » (43).

In effetti nei decenni a cavallo tra i due secoli questa esigenza di un'interpretazione unitaria esprimeva un comune atteggiamento di fondo, la reazione contro ciò che Giacinto Romano disse nella sua prolusione del 5 febbraio 1900 « l'adorazione e il feticismo » del documento (44). La protesta si orientava in direzioni molto varie. Una era quella rigorosamente marxistica di Antonio Labriola, che valse ad indurre — per reazione — ad un ancor più rigido spiritualismo l'idealismo individualistico originario di Croce: la cui prima

(42) Ivi, p. 363.

(43) A. Labriola, *La concezione materialistica della storia, con un'aggiunta di B. Croce sulla critica del marxismo in Italia dal 1895 al 1900*, Laterza, Bari 1953 (quarta ed.: la prima è del 1938), pp. 178-80 (il brano fa parte di *Del materialismo storico, dilucidazione preliminare*, prima ed. Loescher, Roma 1896).

(44) G. Pepe, *Gli studi di Storia medievale*, in AA.VV., *Cinquant'anni*, cit. *supra*, nt. 41, I, p. 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formula teoretica, *La storia ridotta sotto il concetto generale dell'arte* (1893), si presentava chiaramente come un ritorno al coscienzialismo kantiano ed hegeliano, rinnovato passando attraverso De Sanctis, ossia attribuendo un valore universale ed oggettivo alla conoscenza estetica, così come gli idealisti tedeschi avevano fatto per la coscienza morale (45). Un'altra tendenza, constatata la debolezza del vecchio positivismo italiano (46) e di quanto nella sociologia non marxistica sopravviveva di comtiano, ossia di incline a sua volta all'idealismo (47), procedeva verso un rinnovamento del metodo positivo, ossia manifestava interessi sempre più vicini alle scienze empiriche e naturali, si orientava verso dimensioni aperte alle componenti sociologiche ed economiche, intese tuttavia in modo analitico e problematico. Di qui stava passando la riflessione weberiana e gran parte della sociologia moderna. Questa corrente prese poi forma nella cosiddetta scuola « economico-giuridica », che ebbe il merito d'insistere sulla necessaria attenzione della storiografia politica e sociale per i fatti giuridici e istituzionali. Ne fecero parte, accomunati non da presupposti teoretici analoghi, ma da una certa uniformità d'intenti interdisciplinari, storici politici, come Salvamini, Volpe, Schipa, Caggese, Rodolico, Anzilotti, Pepe, giuristi, come Salvioli, Solmi e De Montemayor, e letterati poligrafi molto vicini all'esperienza giuridica, come Guglielmo Ferrero (48).

È a questo punto che intervenne l'egemonia crociana e gentiliana. Si chiusero così subito le aperture verso una storia del diritto che potesse finalmente rivolgersi alla società intesa nelle sue forme di organizzazione effettiva, nelle sue istituzioni e nelle manifestazioni reali dei suoi interessi più vari, in primo luogo materiali oltre che spirituali, in rapporto alle spesso determinanti condizioni economiche, geografiche ed istituzionali. L'influenza di queste ultime fu respinta ed esorcizzata dagli idealisti di destra in odio alle uguali ed opposte tendenze sintetiche dell'idealismo di sinistra. In realtà la

---

(45) Cfr. il mio *Croce*, cit. *supra*, nt. 5.

(46) Sul tema, per una sintesi penetrante e per indicazioni utili, G. GALASSO, *Croce e lo spirito del suo tempo*, Il saggiatore, Mondadori, Milano 1990, pp. 91-4.

(47) FERRAROTTI, *op. cit.* in nt. 10, pp. 38-52. ID., *Lineamenti di Sociologia*, Liguori, Napoli 1973, nona ed., pp. 35-7.

(48) Cfr. le op. di CROCE, DE MONTEMAYOR, PEPE, CORTESE, PARADISI, cit. nelle note 92 e 93 del mio *Croce e la storia ' ideale '*, cit. *supra*, nt. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultura storico-giuridica italiana fu indotta a ritornare verso le sue origini idealistiche e farisaicamente (ma utilmente) spiritualistiche proprio quando, essendo ormai in vigore strumenti reali di accertamento della legittimità — sistemi elettorali molto approssimativi, ma comunque meno imprecisi della mediazione ideale e culturale esclusiva dei giuristi — essa poteva esser in grado di cogliere il divario tra forma e sostanza delle esperienze giuridiche storiche.

Per rendersi conto di come e perché quelle vie verso un'esperienza giuridica più pragmatica si siano chiuse nel secondo e terzo decennio del Novecento in clima d'egemonia gentiliana e crociana bisogna considerare che la storiografia giuridica, già costretta in un angolo dalla romanistica, si è trovata esposta alla duplice pressione idealistica, nello stesso tempo fascista ed antifascista. Così si spiegano le numerose, improvvise e prodigiose conversioni dal positivismo all'idealismo fascista: emblematici i ripensamenti di Biagio Brugi ([49]). Non a caso con la fine della scuola economico-giuridica si è pressoché estinta anche una manualistica attenta ai fenomeni dell'età moderna. *Medioevo del diritto* ha significato « diritto medievale come diritto ideale », secondo un'ottica ancor più gentiliana che crociana. Insomma un idealismo giuridico se non ' puro ', certamente depurato dagli influssi sia labrioliani che sociologici, liberato dalla riduzione, prima marxistica e labrioliana che crociana, del diritto all'economia.

Negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale la forte coloritura ideologica che ha caratterizzato tutte le componenti del dibattito scientifico e la tendenza delle correnti marxistiche ad orientarsi, ai fini della polemica anticapitalistica, verso posizioni molto più vicine al versante idealistico che a quello materialistico e positivistico dell'insegnamento marxiano, non hanno consentito, fino a tempi molto recenti, di riprendere il discorso che la scuola economico-giuridica aveva felicemente iniziato e che era stato troncato tra il 1910 e il 1925. Il ripiegamento vero l'idealismo avvenne proprio quando la storiografia politica si avviava a riutilizzare l'esperienza giuridica. Una certa unità di metodi e d'intenti per la prima volta si era realizzata in Italia nel nostro campo alla fine del secolo scorso e nel decennio successivo. Si pensò che, finalmente, si

([49]) L. Labruna, *Società civile e Stato in Biagio Brugi*, « Index », 16, 1988, Jovene, Napoli, pp. 327-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potessero colmare i profondi e ' storici ' divari tra cultura giuridica e cultura politica, ma anche tra diritto e società. Si erano create le premesse metodologiche per addivenire al superamento di una condizione di grave disagio che era emersa durante gli ultimi secoli dell'età moderna, ed aveva caratterizzato la vita culturale e istituzionale del nostro Paese, con riflessi negativi sull'intero andamento del pensiero e della vita civile. I risultati positivi sembravano alle porte, poiché la scuola « economico-giuridica » — come ha scritto il suo maggiore avversario, Benedetto Croce — « dominava nella storiografia civile intorno al 1915 » (50).

5. *Dal teoreticismo al pragmatismo.*

Anziché utilizzare quell'esperienza, correggendola in ciò che aveva d'immaturo, qualcuno ancor oggi aspira a restaurare l'egemonia dell'idealismo giuridico calassiano, senza tuttavia averne analizzate l'origine e le lontane implicazioni metodologiche. Sopravvive in qualche ritardatario — sostenitore fino ad ieri della storiografia ateoretica, paladino del rifiuto della teoresi, ma con velleità d'esercitarla a proprio vantaggio, in modo esclusivo — la pretesa di trovare un insegnamento direttamente utile nel cosiddetto ' sistema ' del diritto comune, riproposto come attuale. A parte l'assurdità di ridar vita al cadavere ormai mummificato dell'idealismo monistico, che rappresentò, già quando in Italia apparve, un segno d'arretratezza culturale, lo stravagante progetto rivela l'incapacità di conoscere correttamente, ossia di storicizzare, quella stessa soluzione storica di cui si vorrebbe riproporre il valore attuale.

Di queste inezie sarebbe opportuno non tener conto se esse non confermassero *e contrario* la tesi fin qui esposta: che la teoria calassiana del diritto comune ha rappresentato l'espressione più significativa ed emblematica della storiografia giuridica idealistica. Il « problema » di quel diritto è stato ancor di recente esaminato con molta ampiezza dal Paradisi, che ha ricostruito la complessa genesi dell'idea dai precedenti in Brugi ed in Besta (51), alla « nuova vita che

(50) B. Croce, *Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono*, Laterza, Bari (terza ed.) 1947 (prima ed. in « La critica », XIII-XVIII, 1915-20), vol. II, p. 231.

(51) Paradisi, *op. cit.*, in nt. 16, pp. 200 e 263.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il Calasso seppe infonderle », grazie alla sua forte capacità di evocazione e ad uno stile « fantasioso ed iperbolico » (52). Ed è da rilevare che Paradisi, pur avendo a suo tempo in gran parte condivisa l'infatuazione idealistica di Calasso, coglie con grande puntualità i limiti di quella « teoria ». Essi sono in primo luogo nella « fantasia che superò di molto la positiva conoscenza dei " dati " », nell'aver recepito dall'oggetto storiografico una « vocazione verso l'unità, una *reductio ad unum* » che era esigenza deontologica, e come tale doveva esser vista, non come un fatto. Invece Calasso è stato condotto fuori strada dal suo « esasperato monismo », che — si può aggiungere — mette insieme livelli diversi e separati dell'esperienza giuridica, e, ripetendo gli antichi errori, li osserva solo dal punto di vista ideale e (per così dire) ' progettuale '; « mentre — nota Paradisi — sarebbe stato necessario almeno un abbozzo dei rapporti tra il diritto e le condizioni della società del tempo » (53). Per cui c'è da domandarsi se la « connessione teorica delle parti nel tutto costituisse la struttura reale della società medievale ed il modello al quale s'ispirò costantemente l'operare pratico di quella età ». La pretesa di Calasso di voler « comprendere tutto in un unico blocco a carattere legislativo era senz'altro un errore » (54). In realtà egli non si chiedeva se quella immagine corrispondesse a « pura forma » od a « effettiva sostanza » (55).

Qui si coglie il limite più grave della storiografia idealistica, che riproduce e perpetua antiche tendenze dell'esperienza giuridica italiana. L'aver eretto costruzioni del tutto ideali, le ha sottratte al collaudo con la realtà. Per altro, se quelle idee di sintesi fossero state poste a contatto coi fatti, non si sarebbero dissolte nel nulla — perciò non è priva di ' realtà ' la teoria calassiana del diritto comune — ma avrebbero assunto quel significato ' progettuale ' che è loro proprio, ossia avrebbero occupato uno solo dei molti livelli in cui si manifesta l'esperienza giuridica, senza avere l'assurda pretesa di esprimerli tutti in un unico atto ' puro '. Il « suicidio della scienza » — così scrisse Dewey — è nel limite di non collaudare le idee in rapporto all'intera

(52) Ivi, pp. 202 e 189.
(53) Ivi, pp. 203 e 211.
(54) Ivi, pp. 205 e 220.
(55) Ivi, p. 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà, ossia è nel selezionare i termini negativi e positivi della dialettica al fine di eliminare quelli non meritevoli di considerazione o di 'vanto'. « Non si può immaginare nulla che riesca così fatale alla scienza come l'eliminazione dell'esperimento » (56), che va compiuto in rapporto ai deversificati e multidimensionali modi di essere della realtà. Nel caso specifico è da tener conto che « il diritto è solo un nome astratto per comprendere una quantità di richieste concrete all'azione » (57). Richieste molto differenziate. Perciò il complesso fenomeno dell'esperienza giuridica va esaminato ai diversi livelli in cui si manifesta, dal più 'alto' ed astratto (il 'progetto ideale'), alla scienza, alla legislazione, alla giurisprudenza, alla giurisdizione, alla prassi. Inoltre al pluralismo dell'oggetto è necessario aggiungere il pluralismo soggettivo. « La pluralità di alternative è infatti il mezzo efficace per render l'indagine più estesa (sufficiente) e più flessibile, più capace di prender conoscenza di tutti i fatti scoperti » (58).

Nel nostro Paese le esperienze giuridiche colte, per poter meglio affermare la loro esclusività settoriale, hanno invece, durante molti secoli, a tutti i costi perseguito l'elaborazione teorica, e poi specialmente nel secolo XIX hanno cercato la congruità sistematica, fingendo d'ignorare la prassi, in tutte le sue manifestazioni, anche politiche. « Il credere a un diritto separato [...], praticamente inefficiente, è il riflesso dell'incapacità delle istituzioni attuali a compiere il loro ufficio educativo. [...] Tale credenza è un tentativo di rendere razionale questo difetto ma, al pari di ogni razionalizzazione, agisce distogliendo l'attenzione dalla situazione reale delle cose. Così aiuta a conservare le condizioni che l'hanno prodotta, impedendo ogni sforzo di rendere più umane ed eque le nostre istituzioni » (59). Gli effetti diseducativi, indicati da Dewey, si sono diffusi a largo raggio e sono ormai connaturati. L'uso estremamente disinvolto del diritto, sia in senso proprio che in senso alternativo, è il segno evidente che una linea intermedia tra teoria e prassi non si è saputa trovare, perché neanche si è abituati a cercarla.

---

(56) J. DEWEY, *Logic, the Theory of Inquiry*, Holt, New York 1939, trad. it. Einaudi, Torino 1949, pp. 568-9.

(57) DEWEY, *op. cit.* in nt. 14, p. 345.

(58) DEWEY, *Logic* cit. in nt. 56, p. 650.

(59) DEWEY, *op. cit.* in nt. 14, pp. 346-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO PADOA-SCHIOPPA

1. Desidero anzitutto rallegrarmi con Paolo Grossi per l'iniziativa di questo colloquio. Le occasioni di incontro tra gli storici del diritto sono purtroppo rare, nonostante i troppi convegni che fioriscono nel nostro paese. Ed il tema prescelto è certo tra i meno consueti. Eppure esso presenta una rilevanza indubbia, solo che si consideri il fatto (d'altronde ben noto) della provenienza dalle Facoltà giuridiche di una gran parte di quella che un tempo usava chiamare classe dirigente: un fatto che, all'interno della Comunità europea, è tipico della sola Italia. Discutere su cosa si insegna nelle Facoltà di Giurisprudenza, e su come lo si insegna, è dunque non privo di importanza in ragione degli effetti e delle ricadute positive o negative derivanti dalla qualità della didattica nei confronti non soltanto del ceto forense, ma di una cerchia molto più vasta.

L'urgenza di affrontare questo tema è confermata, a mio avviso, da alcune ulteriori considerazioni. Proprio in questi mesi è all'opera un'autorevole Commissione ministeriale (della quale fa parte Paolo Grossi) per predisporre la nuova tabella didattica di Giurisprudenza, come previsto dalla l. 341/90, art. 9; è bene che gli storici del diritto si interroghino sulla loro funzione formativa all'interno delle Facoltà, nella prospettiva di un ordinamento futuro che assegni (come è auspicabile) un ruolo adeguato agli insegnamenti da loro impartiti. Tanto più che in Italia — a differenza di quanto avviene in altri paesi, quali la Francia, gli Stati Uniti e la stessa Germania — la carriera universitaria è (purtroppo) tradizionalmente del tutto svincolata dalla capacità didattica.

Ma c'è di più. Se il nesso che lega l'insegnamento all'indagine scientifica è la vera e la sola ragion d'essere dell'istituzione universitaria dalle origini ad oggi, ciò impone un continuo adeguamento della didattica ai risultati conseguiti sul fronte della ricerca. Ogniqualvolta le esigenze della cultura scientifica impongono l'abban-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dono di talune categorie metodologiche e la revisione di concetti storiografici o di partizioni sistematiche, questi nuovi risultati non possono e non debbono restare senza effetto sull'insegnamento superiore, a pena di fargli smarrire la sua autentica natura. L'insegnamento della nostra disciplina non si sottrae a questa necessità.

2. Non è questa la sede per ripercorrere le vicende della storia del diritto nell'ordinamento universitario italiano, e neppure per riesaminare il taglio sistematico delle opere di sintesi composte a partire dal *Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale* del vigevanese Pietro Luigi Albini (1839) e soprattutto dalla *Storia della legislazione italiana* di Federico Sclopis (1840-64); vicende che sono ormai in parte note, dopo le pagine scritte (tra gli altri) da Federico Patetta, da Aldo Checchini, da Francesco Calasso, da Piero Fiorelli e da Luigi Berlinguer, e che invece per altri aspetti tuttora attendono un'adeguata ricostruzione storica. Basti qui rammentare che, dopo gli incunaboli storico-giuridici di Università quali la Pavia teresiana, dopo i riferimenti occasionali alla storia giuridica previsti dagli ordinamenti napoleonici, dopo la ripresa di un insegnamento storico-giuridico a Torino nel 1846, l'art. 130 della legge Casati del 13 novembre 1859 stabilì un « programma per gli esami di storia del diritto » che spaziava dal diritto presso i popoli orientali (Cina compresa) al diritto della Grecia antica, per poi passare al diritto romano e quindi al diritto medievale e moderno, sino a concludersi con le codificazioni civilistiche di Francia, Prussia ed Austria. Il Patetta ha mostrato come, ad esempio, nel corso torinese tenuto nel 1868-69 da Carlo Placido Gariazzo — sei ore settimanali per un totale di ben 115 ore all'anno — 53 fossero dedicate all'Introduzione enciclopedica, 12 al periodo orientale (India, Cina, Egitto, Persia, Israele), 10 al periodo greco, 27 al diritto romano, infine 13 (tredici) in tutto alle istituzioni del medioevo e dell'età moderna (Patetta, *Introduzione,* p. 180). Alle vicende di quindici secoli di storia giuridica veniva dunque rivolto uno sguardo rapidissimo e inevitabilmente superficiale, come del resto anche ai diritti dell'Oriente antico (mentre corsi specifici, di carattere peraltro sistematico od esegetico, erano dedicati alle Istituzioni e alle Pandette). Soltanto con il Regolamento Coppino dell'8 ottobre 1876, art. 4, si stabilì che « nel corso di storia del diritto è esposta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principalmente la storia del diritto in Italia dalla caduta dell'impero romano di occidente fino ai codici moderni ». Più tardi il corso (ormai denominato « storia del diritto italiano ») diveniva biennale, e tale rimase anche nella Tabella del 1938 tuttora in vigore.

Solo in parte l'impostazione dell'insegnamento si riflette nelle opere di sintesi che via via videro la luce. È chiaro, ad esempio, che la monumentale trattazione di Antonio Pertile, pubblicata in prima edizione dal 1873 al 1887, fu concepita per la scienza piuttosto che per la scuola; mentre i quattro volumi del *Diritto privato dei popoli germanici* (1907-1909) e i tre volumi del *Diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento* (1921) di Francesco Schupfer riproducono più da vicino — pur con l'aggiunta di una massa imponente di svolgimenti ulteriori e di dati testuali — il taglio delle lezioni. Quale fosse in concreto il modo tenuto nell'insegnamento si desume in realtà soprattutto dalle superstiti dispense dei professori e dagli appunti manoscritti degli studenti: un materiale ormai difficilmente reperibile, del quale meriterebbe di procurare una raccolta sistematica.

È ben noto che questa fase pionieristica della nostra storiografia giuridica si caratterizzò per la cura particolare — a parte alcune eccezioni — posta nell'indagare i secoli dell'alto medioevo. L'opera di storici di altissimo valore, quali appunto Francesco Schupfer o Nino Tamassia, fu rivolta in massima parte allo studio di questi secoli, pur con idee e accenti e risultati tutt'altro che uniformi. Era un'impostazione che la scuola storica del diritto aveva accreditato in Germania, e che trovava alimento nella spinta a scoprire, sulla scia della cultura del romanticismo e all'indomani del Risorgimento, le radici storiche della nazione da poco divenuta stato. Non desta meraviglia che l'insegnamento rispecchiasse questo medesimo indirizzo; e se i corsi di Schupfer sono in gran parte altomedievistici, i testi di sintesi di Calisse, di Solmi, di Nani, di Ciccaglione, di Salvioli e di altri dedicano quasi tutti un eguale spazio all'alto medioevo ed all'epoca noelatina (come fu spesso chiamata l'età del diritto comune classico), relegando l'intera età moderna in poche e frettolose pagine finali, quasi in guisa di rapidissimo epilogo di una storia che, nell'ottica questa generazione di studiosi, proprio nell'alto medioevo aveva il suo baricentro. Né le cose potevano andare diversamente nell'insegnamento orale; anzi, non era raro che il professore giungesse al termine dell'anno accademico mentre era tuttora intento a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disegnare i caratteri della civiltà giuridica dei secoli bui: come quel professore padano che a maggio era solito chiudere il corso essendo giunto all'età di Pertarido; per ricominciare, l'anno seguente, da Romolo Augustolo.

Oggi questa predilezione quasi ossessiva per i secoli anteriori al mille può sorprendere o addirittura far sorridere. Eppure essa presenta anche aspetti positivi che sarebbe ingiusto ignorare: in primo luogo, i contributi che da tanti studiosi di alto valore sono venuti alla conoscenza di quei secoli sono di fondamentale importanza anche sul terreno della storia impropriamente detta « generale » (si pensi, per limitarci a pochi nomi accanto a quelli già ricordati, ai contributi di Enrico Besta, di Pier Silverio Leicht, più tardi di Gian Piero Bognetti, capitali per l'intelligenza della civiltà non solo giuridica dell'alto medioevo europeo); in secondo luogo, il respiro delle opere migliori di storia giuridica altomedievale non è nazionale ma europeo, anche se l'analisi di approfondimento comparatistico è solo raramente condotta sino in fondo; infine, anche sotto il profilo formativo non va dimenticato che il diritto altomedievale offriva (ed offre) più di un motivo di riflessione al giurista, se non altro per il fatto di avere al centro il fenomeno della consuetudine, che è una realtà ineliminabile dell'ordinamento giuridico d'ogni tempo ma che l'impostazione nomocentrica e positivistica dell'età contemporanea tende a ignorare e comunque a sottovalutare.

Tutti sanno come una svolta fondamentale sia venuta, per la nostra disciplina, con l'opera scientifica di Francesco Calasso. Se occorresse una conferma di quanto stretto possa essere il legame tra ricerca e didattica, proprio l'esempio degli scritti di quel grande professore che fu Calasso offrirebbe la migliore risposta: sol che si consideri quanto del fervore intellettuale e comunicativo della lezione universitaria sia trapassato nella pagina scritta dei suoi volumi, che continuiamo ad amare anche nelle pagine ormai meno a giorno con i risultati delle ricerche recenti. Calasso ha collocato al centro della storia del diritto italiano il fenomeno imponente del diritto comune, mostrandone con grande efficacia le connessioni molteplici con la storia politica, religiosa e delle idee. In tale prospettiva, la storia giuridica del nostro paese recuperava ad un tempo la dimensione particolaristica che si riflette negli *iura propria* e la dimensione universale che si riflette nell'attività di pensiero della grande *respu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blica iurisconsultorum, che non è nazionale ma europea. Un campo immenso di ricerca si schiudeva agli studi, ancor oggi coltivato solo in piccola parte.

3. Si impone a questo riguardo, se non vedo male, un riflessione che coinvolge, ad un tempo, il terreno della ricerca e quello dell'insegnamento. L'impostazione consistente nel voler ricostruire, dal medioevo in avanti, una supposta storia giuridica del soggetto « Italia » ha da tempo ricevuto smentita per l'inesistenza istituzionale del soggetto medesimo anteriormente all'unificazione nazionale. Ma una volta accettata la tesi che identifica l'oggetto della nostra disciplina nello studio dell'evoluzione storica del diritto all'interno della penisola (storia del diritto in Italia), meno evidente è l'esigenza, pur scientificamente inconfutabile, di far avanzare le indagini (e con esse, l'insegnamento) in due direzioni ulteriori, entrambe di vitale importanza.

Da un lato occorre sforzarsi di ricostruire la fisionomia e il divenire del diritto nei singoli ordinamenti che coesistettero nella penisola dalla fine del mondo antico. Anche senza soffermarsi qui sui secoli dell'alto medioevo — ma basterebbero i risultati di una ricerca esemplare quale è quella di Giulio Vismara sui patti successori nei documenti altomedievali italiani per mostrare le peculiarità delle diverse aree prima del XII secolo — è evidente che l'età comunale conobbe una straordinaria varietà di assetti e di discipline normative e consuetudinarie, pur entro un quadro comune di civiltà: ogni città, ma non di rado anche borghi e villaggi e valli e riviere, si dette e si dettero proprie norme e proprie istituzioni, che per il fatto di venir integrate con le comuni tecniche interpretative dei giuristi professionali e con i comuni precetti dei testi romanistici non perdono affatto le proprie differenze e peculiarità. Più tardi, la formazione degli stati regionali tra tardo medioevo e prima età moderna creò — senza peraltro cancellare affatto le particolarità municipali — elementi normativi ed anche dottrinali uniformi all'interno di ogni singolo stato. Per limitarci a due soli esempi sui mille e mille accertabili nell'Italia comunale e in quella di *ancien régime*: capire perché la Milano del Duecento non pratichi il giuramento di calunnia e quali conseguenze ciò comporti nello « spirito » del processo e nella sua dinamica; o scoprire (sulla scorta, perché no,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei *Mémoires* di Goldoni: I. 24; I. 49) le differenti consuetudini oratorie e forensi degli avvocati veneziani e di quelli pisani del Settecento; comprendere ciò significa cogliere profili rilevanti della società e della mentalità, oltre che dell'ordinamento giuridico del passato.

La ricostruzione del diritto di Genova, o di Vicenza, o di Volterra, o della Riviera del Garda, o di Benevento, o di Bari; la riscoperta del diritto del Piemonte sabaudo, o della Sicilia aragonese, o della Terraferma veneta, o della Terra d'Otranto: ciò vuol dire comprendere la storia del diritto italiano nella varietà e nella ricchezza delle sue manifestazioni. Tra l'altro, la dimensione locale della ricerca storica risponde ad una domanda di cultura oggi molto intensa, che sarebbe male deludere o soddisfare in modo approssimativo nella ricerca come nell'insegnamento: mentre è ben noto che la cosiddetta storia locale, se coltivata con metodo corretto, esige ampiezza di orizzonti culturali e non comune rigore concettuale. La storia del diritto degli antichi comuni o degli antichi stati italiani è ancora in larga misura da indagare e da scrivere e da insegnare, nonostante l'esistenza di validissime indagini recenti e meno recenti.

D'altro lato (ed è la seconda direzione d'indagine) occorre superare per così dire verso l'alto i confini della penisola, che sono anche, sovente, i confini dell'insegnamento della nostra disciplina. Se è vero che sarebbe impossibile ricostruire la storia del diritto di qualunque terra d'Europa prescindendo dall'Italia dei comuni, dei glossatori, dei notai e dei mercanti, è altrettanto vero che Orléans e Salamanca e Leida e Vienna e Parigi e Londra e Berlino e le università tedesche dell'ottocento hanno visto l'opera di uomini e assistito alla nascita di idee che stanno alla base del diritto moderno. Senza volgere lo sguardo all'Europa non è possibile narrare la storia del diritto italiano dell'età moderna e contemporanea. Il fenomeno grandioso del diritto comune classico (civile e canonico) ha carattere europeo. E così pure l'umanesimo giuridico, il giusnaturalismo, l'illuminismo giuridico, il movimento per la codificazione, il costituzionalismo, la pandettistica, il positivismo. Oggi non è raro che un corso di storia del diritto italiano presenti un taglio e un contenuto tali da farlo meglio qualificare come un corso di storia del diritto europeo; né sarà certo chi vi parla a dolersene. Che anzi, l'aver diretto lo sguardo al di là delle Alpi ha mostrato — e sempre meglio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sta dimostrando — come lo scambio di modelli concettuali, di testi legislativi, di opere dottrinali, di consuetudini, di uomini abbia davvero rappresentato una costante nella storia del nostro continente, dall'alto medioevo sino al nostro secolo, quasi senza interruzione. Persino un'esperienza giuridica altamente originale quale è quella di *common law* si è ripetutamente giovata di modelli di *civil law;* e non ha mancato di influenzare a sua volta, dal Settecento in poi, i diritti e gli ordinamenti del continente in campi che spaziano dal diritto costituzionale al processo penale e al diritto commerciale.

Questa doppia apertura — verso i diritti locali e verso l'Europa — dischiude alla nostra disciplina nuove prospettive anche sul piano dell'insegnamento. La necessità di tener conto, pur in corsi di taglio generale e istituzionale, della dimensione europea di molti problemi (e principî e istituti) e l'opportunità di ricostruire i tratti distintivi dei diritti locali impongono un continuo superamento verso l'esterno e verso l'interno dei confini nazionali; cosi che si giustifica pienamente, a mio avviso, la proposta, avanzata in più occasioni, di sostituire la tradizionale formula della nostra disciplina con quella più comprensiva di « storia del diritto medioevale e moderno ».

Ciò non fa venir meno — oggi la precisazione appare opportuna e non è più scontata, quando si parla e si scrive, non sempre a proposito, di un'Europa delle regioni — l'esigenza e la piena legittimità di ricostruire e di insegnare gli svolgimenti storici del diritto nel quadro geografico dell'Italia del passato: è innegabile che, ben prima dell'unificazione nazionale — in realtà, dal primo medioevo in poi — vi siano stati nella penisola, accanto ad infinite differenze, non pochi elementi culturali comuni, e in ogni caso scambi particolarmente fitti di modelli normativi, di uomini, di dottrine.

In effetti, la dimensione storica locale, quella regionale, quella nazionale e quella europea formano per così dire una serie di cerchi concentrici — anche se non tutti e non sempre assurti al ruolo di distinti soggetti politici — che nelle ricerca come nell'insegnamento della storia giuridica occorrerebbe far percepire come storicamente coesistenti e cooperanti ancorché dotati, in molte fasi e per molti aspetti, di proprie e distinte caratteristiche sotto il profilo delle consuetudini, della legislazione, della dottrina e in genere delle istituzioni giuridiche. È appena il caso di sottolineare quanto gli sviluppi recenti della Comunità europea e del diritto comunitario rendano attuale una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simile prospettiva: si pensi da un lato al principio del mutuo riconoscimento delle norme nazionali, dall'altro al principio di sussidiarietà, l'uno e l'altro implicanti un grado accentuato di coordinamento e di integrazione tra diversi sistemi normativi. Una realtà che il diritto comune europeo ha vissuto per secoli.

A ciò si accompagna, naturalmente, la fecondità perdurante dello studio delle società del passato come società di ceti e di ordini: si pensi al regime giuridico del clero e dei benefici ecclesiastici, o all'organizzazione del ceto forense, o al ruolo del notariato, o alle istituzioni del patriziato e così via. La storia del diritto si apre a ventaglio — o, se si vuole, sia in senso verticale che in senso orizzontale — rivelando una serie di prospettive, di quinte, di ordinamenti speciali, le cui specificità e differenze si colgono bene soprattutto nel confronto.

4. La dimensione europea e la valorizzazione della storia locale nell'insegnamento aprono allora la via ad una prospettiva che è destinata, se non vedo male, a sviluppi di grande momento per l'avvenire: la prospettiva storico-comparatistica. Confrontare due o più esperienze storiche parallele, ricercare affinità, influenze reciproche, differenze, interrogarsi sulle ragioni di tali differenze e sui modi in cui regole e principî di ugual segno hanno operato in contesti diversi; o sugli sviluppi convergenti o divergenti di ordinamenti paralleli: tutto ciò consente di comprendere molto più a fondo la storia del diritto. Ma si richiedono conoscenze di fonti e di metodi storiografici tutt'altro che elementari, in gran parte ancora in via di elaborazione.

Nell'insegnamento universitario, la storia giuridica comparata prenderà dunque un ruolo crescente, e imporrà la creazione di strumenti didattici e di tentativi di sintesi su scala europea, dei quali oggi si possono scorgere i primi segni ed i primi frutti: basti pensare, tra gli altri, ai testi e ai manuali di Carlo Augusto Cannata e Antonio Gambaro, di Giovanni Santini e soprattutto di Adriano Cavanna. In questo senso, l'estensione della ricerca recente allo studio del pensiero giuridico della Germania, della Francia e di altri paesi europei — penso non solo alla scuola di Paolo Grossi, ma agli studi di Vincenzo Piano Mortari, di Aldo Mazzacane e di altri — costituisce un'importante premessa alla comparazione storico-giuridica. Mentre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il fiorire di ricerche di storia del diritto degli antichi stati italiani — da quelle ormai numerose della scuola di Raffaele Ajello sul Regno di Napoli a quelle recenti sul Piemonte, sulla Liguria, sul Veneto, sullo Stato Pontificio, sulla Lombardia, sulla Sicilia, sulla Sardegna, sulle Puglie, sulla Toscana e cosi via — offre la possibilità di intraprendere finalmente quella storia comparata del diritto nell'Italia medievale e moderna, che era stata avviata a suo tempo con gli studi medievistici di Enrico Besta. Il cammino è ancora assai lungo.

5. Tra le ragioni che si possono addurre per dimostrare il valore insostituibile degli insegnamenti storico-giuridici nella formazione del giurista, una delle più convincenti mi è sempre sembrata quella che sottolinea la fecondità del rapporto che intercorre fra i tre pilastri dell'ordinamento giuridico della tradizione occidentale (e forse non solo di essa): legislazione, dottrina, prassi. Si tratta di un'articolazione che solo in parte coincide con quella (anch'essa fondamentale per l'intelligenza della storia giuridica) che distingue la storia dei fatti dalla storia delle idee. A fronte di insegnamenti giuspositivistici che troppo spesso (anche se non sempre, per fortuna) si limitano ad una pur necessaria e rigorosa informazione sui contenuti del testo legislativo, l'insegnamento della storia del diritto offre l'opportunità di sottolineare l'apporto congiunto del potere politico, del pensiero e dei comportamenti per così dire spontanei (legislazione, dottrina e consuetudine) nell'evoluzione e nel funzionamento del diritto: oggi non meno di ieri.

Ne risulta, tra l'altro, come il peso e il significato di ciascuno di questi tre elementi sia stato differente nelle diverse età, dall'alto medioevo sino al presente; e come da ciascuno di essi sia possibile ricavare, per mezzo di una lettura attenta, che soltanto un corretto metodo storico educa a compiere, elementi di conoscenza e di valutazione degli altri due. La legislazione rivela anche aspetti della prassi e profili dottrinali, la dottrina illustra anche il tenore della norma e svela la portata della consuetudine, quest'ultima offre elementi di conoscenza sull'attrezzatura mentale e intellettuale dei giuristi e sugli sfondi normativi.

Ricordo ciò, pur se si tratta di cose ben note, perché è anche e proprio nell'addestramento a cogliere questi nessi che il futuro giurista viene educato ad un esercizio consapevole del proprio ruolo;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un ruolo che presuppone la conoscenza delle specifiche tecniche del giurista — e su questo terreno lo studio storico molto può rivelare — ma che non si riduce mai ad un mero tecnicismo, avulso dalle scelte di valore, che d'altronde non esiste né è mai esistito: come la storia ancora una volta ben mostra. Educare alla storia significa anche educare allo studio e al rispetto dei valori, a cominciare da quello supremo (oltre che istituzionale) per il giurista, il valore della giustizia nelle sue molteplici valenze. Qui sta dunque uno dei motivi principali dell'importanza dello studio storico nella formazione del giurista di oggi e di domani. Ben vengano, dunque, i corsi e i seminari che aprono un largo spazio alla lettura critica ed alla valutazione incrociata di testi legislativi, dottrinali e documentari del passato. Sotto questo profilo, molto resta ancora da fare affinché si possa disporre in futuro di un congruo ventaglio di strumenti didattici davvero efficaci.

6. Delineare i contenuti, le forme e le denominazioni dell'insegnamento storico del diritto può sembrar temerario, oltre che inutile, data la vastità straordinaria di orizzonti e di temi che la storia giuridica presenta. Mi sia tuttavia consentito esprimere la netta preferenza — opinabilissima, come è ovvio — per un'impostazione didattica che offra allo studente due moduli didattici complementari: anzitutto un corso annuale — obbligatorio per tutti, beninteso: ciò è importantissimo per il ruolo che il nostro insegnamento è chiamato a svolgere nella Facoltà — di taglio generale, volto ad introdurre alla conoscenza delle grandi fasi evolutive del diritto medievale e moderno, che possa tra l'altro mostrare i nessi tra la cosiddetta (da Leibniz in poi) storia esterna o delle fonti e la storia degli istituti giuridici; in secondo luogo, un corso avanzato, di taglio monografico, destinato all'anno seguente e non obbligatorio, per gli studenti più sensibili allo studio della dimensione storica del fenomeno giuridico.

L'approccio in due fasi, istituzionale e avanzata, appare infatti particolarmente formativo perché offre nella prima fase una visione d'insieme e consente nella seconda fase un livello di approfondimento che l'università non può e non deve pretermettere. Questa seconda fase permette ed anzi incoraggia il contatto diretto con le fonti, l'esercizio affascinante (anche per gli studenti) dell'esame

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esegetico approfondito, lo studio in sede storica di casi concreti e delle loro implicazioni pratiche e dottrinali e così via. Vorrei esprimere l'auspicio che in avvenire ogni professore di giurisprudenza sia di norma chiamato a svolgere contemporaneamente due corsi, uno dei quali con taglio istituzionale e cattedratico, l'altro con taglio monografico e seminariale, quest'ultimo per pochi studenti degli ultimi anni e con la loro partecipazione attiva.

Naturalmente, a questi due corsi annuali con diverso taglio (« storia del diritto medievale e moderno » I e II, il primo dei quali obbligatorio per tutti), altri potranno affiancarsene, dedicati a particolari materie (storia del diritto commerciale, storia del processo penale o civile, storia costituzionale e così via) o a particolari fasi della storia giuridica (diritto comune, storia delle moderne codificazioni e così via) od anche a particolari territori (storia del diritto piemontese o toscano o pugliese e così via: dove l'aggettivo — quanto meno per l'età anteriore alla formazione degli stati regionali del tardo medioevo — presenta il medesimo significato essenzialmente geografico che si è ricordato essere proprio dell'aggettivo « italiano » apposto alla denominazione della nostra disciplina). Si lamenta talvolta l'eccessiva moltiplicazione delle etichette disciplinari nell'ordinamento universitario italiano; la critica è senz'altro fondata allorché la materia speciale è attivata solo per favorire una determinata candidatura concursuale, ma non quando la materia è svolta come secondo insegnamento da un professore titolare di un corso base. Sotto questo profilo è da salutare con favore la presenza — che si annuncia più intensa per il prossimo futuro, grazie anche ad un'iniziativa di Umberto Santarelli — di corsi a stampa di taglio monografico: un genere letterario di cui si stava perdendo la consuetudine, distinto sia dal manuale di sintesi che dalla monografia scientifica, ma proprio per questo prezioso, e non solo ai fini didattici.

Si è detto sopra della spiccata propensione altomedievistica delle prime generazioni di storici del diritto. Oggi l'orizzonte è completamente mutato, e sempre più spesso ricerca e insegnamento privilegiano l'età moderna e contemporanea. Non solo non è il caso di dolersene, ma occorre anzi compiacersene per due ordini di ragioni: in primo luogo sul piano scientifico, se si considera quanto poco tuttora si conosca di svolgimenti pur fondamentali della storia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto per le età più recenti; in secondo luogo sul piano dei rapporti con i giuristi positivi, rapporti che per noi sono assolutamente vitali. I giuristi positivi quasi sempre sono sensibili alla dimensione storica solo quando essa viene prospettata con riguardo agli svolgimenti a noi più prossimi nel tempo. I limiti culturali di questa impostazione sono evidenti, ma lo sono anche le sue motivazioni concrete, e di ciò bisogna necessariamente prendere atto.

Ma in questa tendenza a concentrarsi sulla storia giuridica contemporanea vi è un rischio da non sottovalutare: il rischio di dimenticare — e comunque di non far percepire ai giuristi in via di formazione — che il diritto di oggi affonda le sue radici in un passato spesso molto remoto: a seconda dei settori, il momento genetico di molti istituti e principi e concetti tuttora vigenti va collocato nel mondo classico, o postclassico, od altomedievale, o comunale, o protomoderno, o moderno, o contemporaneo; e non di rado in più d'uno di essi. Chi tralascia nell'insegnamento l'età medievale — in particolare, l'età del diritto comune classico — si preclude la possibilità di affrontare alcuni nodi centrali della storia giuridica: di far comprendere come sia nata la moderna scienza del diritto, o l'impalcatura del processo civile e penale, o la formazione di un ceto di giuristi professionali, o la coesistenza e l'integrazione di un ordine sovrastatuale e generale con uno o più ordinamenti particolari, e cosi via. Le ricerche (e di conseguenza l'insegnamento) vanno soggette a mode, come si sa; ed oggi è un vero peccato che non vi sia più nessuno, tra i giovani studiosi dell'ultima generazione, che coltivi la storia giuridica altomedievale, pur ancora ricca di tante suggestioni e di tanti misteri da svelare. Così come è grave che non tutti coloro che insegnano la storia del diritto medievale e moderno abbiano dimestichezza con le fonti che stavano sul tavolo di lavoro dei nostri antenati, in primo luogo il *Corpus iuris civilis.* Proprio perché il diritto comune è altra cosa dal diritto romano — è anzi cosa profondamente diversa, checché ne pensino i nostri colleghi romanisti, o quanto meno molti tra loro — il saper riconoscere e maneggiare quelle fonti è indispensabile nella ricerca come nell'insegnamento storico giuridico.

7. Le osservazioni che precedono sono fondate tutte sul presupposto, ricordato alì'inizio, del nesso inscindibile tra ricerca scien-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tifica e attività didattica, nesso considerato quale elemento specifico dell'istituzione universitaria. Mi sia consentito di concludere con alcuni rilievi concernenti il metodo, o piuttosto i metodi che sono oggi praticati all'interno della nostra disciplina, e le loro ricadute sull'insegnamento.

Tutti sappiamo che vi sono studiosi (e scuole) che privilegiano l'indagine biografica e la ricognizione storico-critica delle opere di singoli giuristi del passato, condotta attraverso l' esame della tradizione manoscritta e a stampa dell'opera stessa. Altri studiosi rivolgono l'attenzione alla ricostruzione interna del pensiero di uno o più autori su temi specifici. Altri ancora concentrano l'indagine sulla storia di singoli istituti giuridici in fasi critiche della loro evoluzione. Altri infine curano la ricostruzione di profili rilevanti della storia giuridica di un territorio o di una città.

Oggetti diversi e metodi diversi. Al taglio prevalentemente critico-filologico di molte ricerche si contrappone il taglio prevalentemente storico-politico di altre, mentre in altre ancora prevale un interesse più spiccatamente storico-giuridico. La storia giuridica ha in effetti due polmoni (sarei tentato di dire due cuori, ma descriverei allora un mostro), che sono appunto la storia e il diritto. È essenziale che essi operino entrambi sia nella ricerca che nell'insegnamento. Quando la ricerca prescinde dai requisiti rigorosi di metodo storico e filologico che la moderna storiografia ha elaborato, o quando mancano i collegamenti essenziali con la storia politica, sociale e delle idee, i risultati sono superficiali e fallaci, campati in aria o scritti sull'acqua. Quando invece l'interesse per il mondo del diritto si attenua nello studioso della materia sino a scomparire (e questo purtroppo è accaduto ed accade!), o quando il diritto è ridotto a mera variabile dipendente di altre realtà della politica o dell'economia, o infine quando il diritto è per lo storico un mero oggetto inanimato e malamente descritto — e non vita reale nelle sue mille facce e contraddizioni, nei suoi intrecci e contrasti di interessi e di valori, nei suoi molteplici rapporti con le altre facce della realtà storica coeva — allora cessa la legittimazione del nostro insegnamento nelle Facoltà giuridiche; cessa la possibilità di dialogo con i giuristi, dialogo che (ripeto) per noi è di vitale importanza anche sotto il profilo scientifico; cessa la funzione formativa della storia del diritto nell'educazione del giurista. Una funzione che per fortuna (o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per merito?) si è sin qui preservata in Italia, meglio di quanto non sia avvenuto in anni recenti in paesi pur di alta tradizione giuridica.

Se entrambi questi rischi vengono evitati, allora ci si muove sul terreno specifico che è il nostro, un terreno per pochi e perciò ancor più affascinante. E ben vengano metodi ed interessi scientifici anche differenziati, che costituiscono una delle maggiori ricchezze della nostra disciplina: metodi tutti legittimi perché rivelatori di lati diversi di una realtà storica estremamente complessa. Come insegna l'apologo antico dei ciechi che tastano le varie membra dell'elefante e si sforzano invano di identificarle isolatamente senza riconoscere che si tratta di un unico essere vivente, diverso da ciascuna delle sue parti ed anche dalla somma di esse.

A ciò si lega il problema della didattica della storia del diritto e delle sue specifiche necessità e tecniche, un problema importante del quale non mi è possibile trattare in questa sede. Basti osservare che l'esigenza che l'insegnamento sia sempre legato ai metodi e ai risultati della ricerca di punta — esigenza la cui affermazione sta alla base di tutte le osservazioni fin qui compiute — non deve portare alla conclusione che ogni forma didattica sia ugualmente valida, né che l'insegnamento sia una mera appendice passiva della ricerca. Al contrario, la didattica universitaria presuppone la ricerca ma anche la deve stimolare, e in ogni caso (e soprattutto) richiede il perseguimento di obbiettivi specifici di informazione generale e di approfondimento monografico, di sintesi e di analisi, di trasmissione del sapere e di addestramento al sapere, che devono realizzarsi sul terreno proprio del diritto. Ciò esige l'impiego di metodi peculiari e di appositi strumenti didattici, tra i quali figurano naturalmente i manuali ed i testi di studio, sui quali qui non mi soffermo.

8. Importanza della dimensione locale e della dimensione europea nella storia del diritto italiano; rilevanza della storia giuridica comparata; feconda connessione tra legge, prassi e dottrina nella prospettiva storica e nell'educazione del giurista; denominazione, contenuti e taglio dei corsi d'insegnamento della nostra disciplina, dall'ieri al domani; legittimo pluralismo metodologico nella ricerca scientifica purché non manchi il dialogo con i giuristi positivi: sono i punti sui quali ho tentato di richiamare l'attenzione, accogliendo l'invito di Paolo Grossi. Grazie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO SBRICCOLI *

La storia del diritto ha sempre avuto, come ogni altro ambito della ricerca sul giuridico, le sue articolazioni metodologiche e scientifiche. Esse ci sono presenti e familiari. Quando però ci spostiamo dal terreno della ricerca a quello dell'uso ' formativo ' dei suoi risultati, le articolazioni si fanno disciplinari e diventa meno facile individuare con precisione i termini stessi della discussione alla quale siamo chiamati. Dobbiamo infatti ammettere, ed io per primo non ho difficoltà a confessarlo, un qualche difetto di consuetudine (non pratica, ovviamente, ma teorica e metodologica) con ciò che riguarda gli strumenti, i destinatari e le prospettive dell'insegnamento storico-giuridico. Il livello di riflessione, per non parlare di quello di discussione, che abbiamo avuto nel passato a proposito della didattica della storia del diritto non mi sembra francamente molto alto. Non abbiamo alle spalle punti di riferimento che ci possano in qualche modo guidare, ed ognuno di noi può contare praticamente sulla sua sola esperienza personale, che è molto spesso un'esperienza isolata. Né molto aiuto ci viene dalla riflessione o dall'esperienza degli altri settori disciplinari della facoltà di giurisprudenza, che pure hanno ben poco lavorato — se non mi sbaglio — intorno a metodi, compiti o strategie dell'insegnamento del diritto. Di qui la difficoltà nell'individuare risposte all'altezza dei nostri compiti, dal momento che una lunga inoperosità sul terreno delle metodologie e dei contenuti della didattica ci pone oggi nella condizione di chi è persino sprovvisto di domande adeguate.

Devo dire tuttavia che per quanto riguarda almeno l'*individuazione* dei nostri compiti, alcuni punti fermi sono già nelle indicazioni

(*) Conservo deliberatamente lo stile discorsivo di questo contributo, nel quale mantengo anche i riferimenti agli interventi degli altri relatori, per sottolineare le sue intenzioni, prima di tutto interlocutorie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Paolo Grossi ci ha dato nell'avviare i nostri lavori: le forme disciplinari nelle quali può articolarsi la nostra materia, ai fini della formazione degli studenti, fanno parte di un discorso più generale che tende ad individuare *quale didattica* sia necessario costruire, a vantaggio di *quale giurista*. Mentre resta evidente che tutte le nostre riflessioni devono essere convogliate verso un fine strategico più generale, che è quello di garantire alla storia del diritto uno spazio adeguato ai compiti formativi che credo tutti le riconosciamo.

1. Ma veniamo al primo punto. Che cosa significa esattamente 'articolazioni disciplinari vecchie e nuove'? Credo che si possa affermare, considerando le cose che Raffaele Ajello e Antonio Padoa Schioppa hanno detto prima che parlassi io, che ognuno di noi tende a dare di questa espressione una lettura personale diversa. Alle stesse parole che la compongono, probabilmente, finiamo per dare un significato che non è per tutti lo stesso: perché la scarsa frequentazione che di questi temi abbiamo avuto non è riuscita a far sì che si creasse tra noi almeno un nucleo di termini e di concetti effettivamente comuni. Raffaele Ajello ha insistito soprattutto sui compiti da assegnare alla ricerca, indicando fasi storiche e tematiche che gli sembrano cruciali e irrinunciabili. Antonio Padoa Schioppa ha messo a fuoco più espressamente l'elemento della didattica, considerando però le possibili diversificazioni della nostra disciplina in una prospettiva che non è la stessa che mi accingo ad assumere io.

Cercando di individuare le articolazioni disciplinari della storia del diritto non ho tanto ragionato sulle classiche scansioni interne lungo le quali abbiamo organizzato tradizionalmente lo studio e l'insegnamento della materia (1). Ho pensato piuttosto alle sue articolazioni più recenti, quelle che hanno arricchito — o più semplicemente dilatato — il novero delle discipline che formano quella cosa un po' logica ed un po' burocratica che è il raggruppamento. Ho guardato dunque alle 'nuove materie' che sono state create — bisogna pensare — per ragioni squisitamente didattiche,

(1) Penso, in estrema semplificazione, alle più frequentate e discusse coppie della nostra tradizione storiografica: medievale / moderno, storia interna / storia esterna, approccio storico / approccio filologico, dottrina / legislazione, storia di istituti, storia locale del diritto, Italia / Europa, e così via.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posto che, scientificamente parlando, gli ambiti che le configurano avevano già una indiscussa esistenza, e non potevano non averla, all'interno della 'Storia del diritto italiano': materia, come sappiamo, 'sconfinata', per cronologia (dal tardo antico fino a ieri), spazio (non solo l'Italia, ma anche l'Europa), contenuti (tutte le branche del diritto), metodologia e problematiche.

Le nuove materie, costruite di solito a partire dalle articolazioni disciplinari proprie del diritto positivo (storia costituzionale, del diritto commerciale, del processo, del penale, ecc.), collegate a fenomeni significativi della storia giuridica (il diritto pubblico degli Stati regionali, i profili istituzionali generali, la codificazione), o misurate su vere e proprie concezioni del diritto (la storia del pensiero giuridico), hanno in qualche modo disaggregato l'*unicum* della storia del diritto, che peraltro *unicum* non era *nella pratica* dell'insegnamento. Esse hanno comunque imposto non soltanto oggetti specifici (disciplinarmente vincolati, almeno in teoria), ma anche un metodo sia pure in parte rinnovato, capace di integrarsi con l'oggetto e le finalità della nuova articolazione e tale da tener conto della sua particolare indicazione didattica.

Non entrerò nel merito di tutte le nuove forme disciplinari assunte dall'insegnamento della storia del diritto. Non posso farlo anche perché manchiamo degli strumenti necessari e non possediamo i dati numerici. Non sappiamo esattamente quante e quali delle nuove discipline storico-giuridiche siano effettivamente attivate nelle diverse sedi, in che misura gli studenti le scelgano nei loro piani di studio, e se poi — una volta che le hanno scelte — frequentino effettivamente i relativi corsi. Ci è quindi difficile pronunciarci sull'efficacia didattica, allo stato, di queste articolazioni disciplinari. Una delle conseguenze del difetto di riflessione e di dibattito che lamentavo all'inizio sta proprio nella mancanza dei dati materiali, numerici, statistici, che non possediamo, se non limitatamente alla nostra personale esperienza, peraltro impoverita dalla sporadicità dei rapporti che abbiamo tra di noi. Restringerò dunque i miei riferimenti alle situazioni che conosco, non nascondendo i limiti metodologici di questa scelta obbligata.

2. Il secondo punto è quello che mi sembra qualifichi più degli altri l'introduzione di Paolo Grossi: quale didattica, certo, e quindi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale ventaglio disciplinare, ma — soprattutto — per quale giurista?

Facciamo tutti le lodi del diritto. Abbiamo sottolineato il suo valore, affermato la sua supremazia, dichiarato la sua ineliminabilità. Mi si consenta di insinuare che il lieve sovrappiù di enfasi che avverto nei nostri toni potrebbe essere rilevato come un piccolo indicatore della crisi che la dimensione giuridica conosce — come crisi di identità o come incertezza d'orientamento — anche all'interno della nostra disciplina. La fondamentale dialettica tra chi concepisce il diritto come un complesso di tecniche da acquisire per far bene una professione e chi lo pensa come la scienza dei giuristi, attraversa evidentemente anche noi. Anche se dovremmo avere imparato ormai che il fatto di non avere complessivamente, nelle facoltà giuridiche, un peso adeguato alla nostra funzione, viene proprio dalla semplificazione che sta sotto lo scontro artificiale e pretestuoso tra addestramento e formazione.

Ma torniamo al punto. Il fine di concorrere alla formazione di un giurista nelle facoltà di giurisprudenza, che è un fine istituzionale, pratico, logico e non rinunciabile, porta con sé naturalmente un problema di valutazione e di definizione: valutazione in ordine a quale didattica, definizione, se posso usare questa espressione, in ordine a quale giurista.

Sono anch'io convinto — e ripeto parole non mie — che « diventare giurista significa acquisire una autonoma visione del mondo sociale, una autonoma mentalità; significa soprattutto acquisire la capacità di ordinare quel mondo secondo una grammatica e una sintassi irripetibili » (2). Una simile acquisizione è evidentemente compatibile con l'addestramento tecnico e con la specializzazione professionale: mentre addestramento e specializzazione non avrebbero senso, o non sarebbero possibili, se non preesistesse una formazione giuridica a base squisitamente scientifica. Una formazione nella quale la parte che sono chiamati a svolgere i giuristi che fanno gli storici si differenzia soltanto per linguaggi, tecniche o metodi, da quella svolta dai giuristi che fanno, poniamo, i privatisti, i costituzionalisti o i processualisti.

Un'impostazione che collega le strategie della didattica all'op-

(2) P. GROSSI, *Gli «occhiali» del giurista*, in *Panorami. Riflessioni discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, 3, 1991, p. 242.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione sulla qualità del giurista che si vuole formare, porta con sé, per forza di cose, una riflessione sul diritto come scienza e come esperienza. Ebbene, io sono certo che questo è innanzitutto un problema da storici, un classico compito degli storici. Credo che gli storici siano, tra i giuristi, quelli culturalmente meglio legittimati e metodologicamente meglio attrezzati non dico per avanzare senz'altro la definizione, ma certo per impadronirsi della questione e tenere il bandolo della discussione. Dico questo perché le incertezze che abbiamo oggi sul fenomeno giuridico, la coscienza dello sfiguramento della forma tradizionale dello Stato, la constatazione di un decisivo spostamento di centro (e perdita di confini) nei rapporti tra il pubblico ed il privato, ed in quelli tra privati, l'ingresso nel novero dei valori giuridici fondamentali di categorie non classificabili nel sistema tradizionale, consentono soltanto una risposta che venga dall'analisi storica. Quella che si pretende di dare offrendo certezze tecniche (o, peggio, un dubbio *dressage* professionale) in luogo di riflessioni storiche, è una risposta elusiva, ingannevole e per di più precaria: messa al vento dell'instabilità normativa, degli orientamenti giurisprudenziali, della mutevolezza degli indirizzi dottrinali o più semplicemente dell'evoluzione dei linguaggi tecnici.

3. Il diritto non viene tutto dallo Stato, non sta tutto nella legge, non si risolve tutto nel vigente, non è uniforme, non è unico, non procede lungo un percorso di inarrestabile evoluzione lineare, non è sempre uguale, non ha sempre lo stesso peso in tutte le società e in tutte le esperienze. Non è neanche rinvenibile per intero nel complesso degli insegnamenti attivati nelle facoltà di giurisprudenza. Dico delle ovvietà. Ma posso aggiungere che soltanto gli storici hanno il modo di portare queste riflessioni nell'esperienza didattica e che questo finisce per essere uno dei loro compiti primari: perché nelle facoltà di giurisprudenza non c'è nessun altro che lo storico che possa svolgere questa funzione di riflessione sui limiti, sulle articolazioni, sulle diversità, sulle sovrapposizioni, sulla pluralità del diritto, oltre che delle pratiche giuridiche. Sono profili dell'esperienza che possono essere forniti allo studente solo a patto della loro messa in prospettiva: la complessità e l'ampiezza del fenomeno giuridico, i suoi legami ed i suoi rapporti con la realtà, ovviamente la sua storicità, il suo stare nella lunga durata, il rapporto tra diritto e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società. Non che tutto questo sia negato ai nostri colleghi del diritto vigente. Anzi, i più attenti, ed i più *historisants* tra di essi mettono regolarmente in discussione, e lo fanno soprattutto con noi, il senso della propria tradizione, le trasformazioni della propria scienza, i limiti delle proprie tecniche, per portare la loro riflessione ad un livello più profondo e trovare risposte adeguate alle odierne domande sul diritto. Possono certo farlo anche con gli studenti. Ma nessuno di loro può farlo in modo assoluto e globale: il vincolo posto dai loro specifici compiti didattici (che non possono prescindere dall'addestramento tecnico, da coniugare con quello teorico) costringe la loro riflessione in un ambito disciplinare limitato, negandole l'apertura ed il respiro che sono propri del discorso storico.

4. Nasce allora un nuovo interrogativo, rispetto al quale confesso subito di non avere una risposta adeguata. Se agli storici del diritto spettano compiti del genere di quelli indicati qui sopra, non si può non riflettere sul rapporto tra la nostra ricerca scientifica e la nostra didattica. La soluzione che si presenta immediata, la stessa che probabilmente ciascuno di noi pratica, è quella di considerare ricerca scientifica ed esercizio della didattica alla stessa stregua: con la conseguenza di versare semplicemente nella attività didattica il risultato della ricerca scientifica, con una trasfusione di contenuti, di prospettive, di metodi e di fini. È difficile dire se questa operazione sia di per sé corretta.

Da un lato pare evidente che il registro della didattica non è fungibile, di norma, con il registro della ricerca, essendo entrambi portatori di specificità che vanno ben oltre la questione del metodo o delle forme della comunicazione. Se è pacifico, infatti, che i due circuiti — quello scientifico e quello didattico — comportano linguaggi e criteri espositivi oggettivamente differenziati, è anche vero che la complessità strutturale dell'esperienza di ricerca non può (non deve) essere resa integralmente nell'insegnamento. L'impianto, o per così dire l'*armatura* di una ricerca, le sue componenti strumentali e gli apparati che la convalidano, non sono riconvertibili in didattica, né mi sembrano legittimati ad esserlo: posto che il nostro compito è primariamente quello di formare giuristi e non quello di insegnare come si fa la storia del diritto.

Da un altro lato, se i due registri comunicativi non sembrano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coincidere, bisogna pur ammettere che ricerca e didattica rispondono in gran parte a logiche comuni e non è pensabile che la seconda possa essere avulsa dalla prima. Del resto, l'individuazione del terreno di indagine, la scelta degli argomenti, la selezione dei modi di approccio, il collegamento con l'esperienza contemporanea o con i problemi giuridici che si vengono aprendo, rappresentano altrettanti terreni comuni che tengono collegate le due fasi e legittimano lo stato di contiguità tra ciò che si studia e ciò che si insegna. Voglio dire, semplificando forse un po', che se si studia una questione — e la si studia in un certo modo — i motivi di quella scelta dovrebbero essere tali da valere, ed essere quindi trasferibili, anche nelle opzioni didattiche. Salvo forse quando ci addentriamo in studi di particolare complessità o strumentalità, che in qualche modo ci allontanano dai problemi giuridici, sia pure larghissimamente intesi (penso alle mille manifestazioni del rapporto tra diritto e società), per confinarci dentro ambiti strettamente ridotti alle fonti, considerate nella loro dimensione documentale (l'*hardware*, per così dire). Certo, niente impedisce la traslazione in ambito didattico dei nostri studi sui documenti (attribuzioni, tradizione, varianti, restituzione di testi e così via), ma non è questa la storia del diritto alla quale penso quando rifletto sui contenuti e sui metodi della formazione di un giurista destinato ad operare nella società contemporanea.

Un problema aperto, dunque. Se appena si va oltre l'ovvietà, la questione del rapporto tra ricerca ed insegnamento ci si presenta come una questione irrisolta, quasi ancora da impostare sul terreno stesso del metodo. Scontiamo anche in questo, probabilmente, il nostro ritardo; o, più semplicemente, raccogliamo il frutto di una storica sottovalutazione della funzione didattica, messa in ombra dal modo probabilmente non corretto con cui abbiamo sentito ed affermato il primato della ricerca. Un primato indiscutibile, che ha però condotto alla semplicistica convinzione che il docente sia molto meno importante dello scienziato: una convinzione — se posso generalizzare — che ognuno di noi porta con sé, quasi come il risultato di un *imprinting* ricevuto fin dal suo primo avviamento professionale. La sottovalutazione che ne è derivata ci ha convinto (fin da tempi lontani) a non preoccuparci troppo della ' spendibilità ' didattica delle nostre ricerche. E non è arbitrario pensare che proprio nella difficile spendibilità, quando si dà il caso, stia uno dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non ultimi motivi, forse, della fase critica che la nostra materia attraversa da molti anni nel panorama didattico delle facoltà di giurisprudenza.

5. Procedendo oltre nel merito della questione, credo di poter dire, d'accordo con molti, che appare piuttosto logorata e di improbabile successo didattico una storia del diritto intesa come mera storia (esterna) delle fonti. Conosciamo tutti la grande tradizione che legittima e sostiene questo modo di intendere e praticare (nell'insegnamento) la storia del diritto, e tutti le dobbiamo qualcosa. Mi domando, però, quale sia oggi la reale utilità — non dico l'interesse (magari scientifico), ma l'utilità (intendo didattica) — di una storia del diritto che, presentandosi come mera storia di fonti, muova dal Codice Teodosiano (o da qualsiasi altro punto convenzionale) e vada avanti fin dove può arrivare, per far conoscere agli studenti l'esistenza (e grosso modo l'orientamento) di testi, prodotti da giuristi (organizzati in stili produttivi o correnti di pensiero) e da autorità pubbliche (disposte cronologicamente secondo il criterio *precoce / tardivo*), che sarebbero l'antecedente, peraltro remoto, astratto e sconnesso, del sistema normativo vigente.

Questo tipo di storia si legittima, sul piano didattico, come 'storia della tradizione giuridica' e in questo senso le va riconosciuto un fondamento. Vale anche come introduzione o premessa, perché fornisce mezzi di orientamento, vocabolario, punti di riferimento cronologici, ad una didattica che però poi l'oltrepasserà, addentrandosi in altri territori e affrontando contenuti più concreti. Di per sé, e non rapportata ad altro che a sé, la storia (esterna) delle fonti giuridiche rappresenta, se non mi sbaglio, la riduzione della storia del diritto ad una storia di generi letterari, di correnti, di centri, e di fasi, liberamente organizzati in suddivisioni o categorie per lo più mutuate dalla omologa storia di altre branche del sapere quali la storia della filosofia o quella del pensiero politico; con l'uso — salvo sporadiche varianti — delle periodizzazioni ricevute dalla storia politica o da altre convenzioni storiografiche, oggi per altro messe molto in dubbio e discussione. Sarebbe, essenzialmente, una storia di metodi. Una storia del modo tenuto nella produzione del pensiero e delle norme giuridiche, capace di arricchire la cultura generale degli studenti, ma elusiva di entrambi i versanti possibili

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della didattica della nostra materia. Del versante che intende la storia del diritto come storia di principi normativi, di categorie concettuali poste in un divenire progressivo, uniforme e costante: una sorta di *dogmatica in progress*, che si realizza, per esempio, nello studio degli istituti e delle loro trasformazioni successive. Del versante che la intende come storia del *giuridico integrato* — pluralista, io aggiungo, e cercherò di chiarire meglio più avanti —, non evoluzionista; una storia del diritto che, tenendo conto di tutte le sue interazioni, non isoli il giuridico; valorizzi la componente ' pensiero giuridico ', ponendo viva attenzione ai suoi contesti; e non muova dal presupposto che c'è nell'esperienza giuridica un progresso costante, per cui ogni fase della produzione giuridica viene sostituita da un'altra, migliore della precedente, destinata anch'essa ad essere rimpiazzata dalla successiva, secondo una concezione di linearità storica che pure è ben presente nella nostra tradizione storiografica.

6. Un'opzione didattica molto caratterizzata e particolarmente adattabile alla prospettiva di un insegnamento reso attraverso nuove articolazioni disciplinari, sembra quella legata ad una didattica della storia del diritto di taglio, per così dire, ' dogmatico '. Lo storico, si dice, potrebbe concorrere alla formazione del giurista nelle facoltà di giurisprudenza ricostruendo ed interpretando il *diritto del passato* con la metodologia propria dell'analisi giuridica *tout court*. Egli potrebbe fare esattamente ciò che fanno i suoi colleghi civilisti o processualisti, con la sola variante delle fonti implicate nell'esegesi: storiche le sue, vigenti quelle dei colleghi. Si può infatti ricostruire un istituto, collocarlo nel suo sistema, valutarne la struttura, le implicazioni, la portata ed i diversi profili applicativi, stando interamente ed esclusivamente dentro una prospettiva di analisi tecnica e tutta giuridica, a partire dalle fonti normative proprie dell'epoca indagata. Un'operazione in tutto omologa a quella che si farebbe su fonti vigenti. È appena il caso di osservare che una simile metodologia, criticabile se assolutizzata e praticata ad esclusione di qualsiasi altra, può vantare una forte indicazione se la si contempera con adeguate contestualizzazioni e con il necessario corredo di integrazioni che vadano al di là del giuridico, dandogli concretezza e senso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scienza giuridica, ha scritto Pierre Bourdieu (3), così come la concepiscono in particolare gli storici del diritto che identificano ancora la storia del diritto con la storia dello sviluppo interno dei suoi concetti e dei suoi metodi, assume il diritto come un sistema chiuso e autonomo, il cui sviluppo non può essere compreso che secondo la sua dinamica interna. La critica è nota, risalente, e riguarda soprattutto il difetto di confronto (con le pratiche sociali e con gli altri elementi che concorrono alla formazione, all'uso ed alla trasformazione del diritto) che è spesso riscontrabile negli studi di storia giuridica. Essa contiene tuttavia un avvertimento che è bene tenere presente anche quando dalla ricerca si passa all'elaborazione didattica dei suoi risultati.

Anzi, è possibile dire, sulla base di esperienze compiute, che di quella metodologia e di questo avvertimento sono capaci di avvalersi soprattutto le nuove articolazioni disciplinari. Esse, oltre a rispondere ad una esigenza di *specializzazione*, o se si vuole di *razionalizzazione* del territorio francamente troppo vasto che compete alla storia del diritto, inducono di per sé l'elaborazione di metodologie tipiche, rivelando con maggiore evidenza l'opportunità di muovere verso una storia giuridica concepita come storia integrata. È infatti nel momento della scomposizione razionale del grande contenitore ' storia del diritto ' che si colgono meglio le implicazioni che l'esperienza giuridica ha con le altre esperienze dell'uomo e della società e, quindi, le connessioni che il diritto ha con le altre scienze umane e sociali. Si configurano allora segmenti disciplinari che avendo per oggetto la storia di un settore, di un grande tema cruciale, o di una fase dell'esperienza giuridica, si danno come nucleo centrale il diritto, e ne elaborano la storia integrandolo a tutti gli elementi

(3) P. BOURDIEU, *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la Recherche en sciences sociales*, sept.1986, p.3. Bourdieu, facendo riferimento alla (kelseniana) « autolimitation de la recherche au seul énoncé des normes juridiques, à l'exclusion de toute donnée historique, psychologique ou sociale, et de toute référence aux fonctions sociales que peut assurer la mise en oeuvre de ces normes », riecheggia le connessioni teoriche e metodologiche tra *diritto* e *lingua* e si richiama a Saussure, che fonda la sua teoria della lingua « sur la distinction entre la linguistique interne et la linguistique externe, c'est-à-dire sur l'exclusion de toute référence aux conditions historiques, géographiques et sociologiques du fonctionnement de la langue ou de ses transformations ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturali e storici senza i quali il diritto resterebbe privo di senso. Un allargamento degli orizzonti che valorizza l'esperienza giuridica e rovescia gli elementi della critica tradizionale: il diritto viene rappresentato ed insegnato come sistema autonomo e tuttavia aperto, il cui sviluppo non può essere compreso che secondo una dinamica che lo integra nell'esperienza più vasta delle società che esso regola. Perché se è vero che il diritto ha una sua imprescindibile centralità ed una serie di peculiarità ineliminabili (logiche, concettuali, linguistiche) che esigono tecniche di studio e comunicazione che sono proprie della sua dogmatica e delle sue logiche evolutive interne, è anche vero che le ragioni stesse della sua funzione sfuggono a chi lo esamina, o lo ricostruisce storicamente, senza integrarlo alle coordinate non giuridiche che gli danno senso.

Resto convinto della validità di questa impostazione, se non altro come base per un'utile discussione (tra storici del diritto, con i giuristi, e con gli altri storici), quando si tratta di metodologie di ricerca (4). Avanzo l'ipotesi che una storia integrata del fenomeno giuridico possa conseguire anche una più alta resa didattica: non solo perché l'implicazione di categorie extragiuridiche chiarisce e persuade in ordine alla funzione del giuridico nelle società storiche, ma anche perché i relativi campi di riferimento (l'antropologia giuridica, la politica e l'economia, le dinamiche relazionali della vita associata e le fasi culturali) rivestono un'importanza ancora più rilevante nelle società contemporanee. Questo consente all'insegnamento storico di farsi veicolo di una riflessione sul diritto non erudita, non antiquaria, non meramente filologica e non soltanto tecnica; consente, voglio dire, un intervento più efficace, anche se mediato (ma spesso, perciò, più illuminante), sulla educazione del giurista. E posso aggiungere, sulla tenue base della mia esperienza, che una domanda didattica in questo senso esiste e potrebbe essere valorizzata. L'interesse degli studenti verso questi orientamenti mi sembra infatti presente e motivato, forse anche in ragione del fatto

(4) Mi permetto di rinviare al mio *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-27 aprile 1985), a cura di Paolo Grossi, Milano, 1986, pp.127-148. In quel saggio queste sintetiche indicazioni sono forse meglio sviluppate e più distesamente motivate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che negli insegnamenti di diritto positivo essi sono oberati di tecnicizzazione, di specializzazione e di finalizzazione professionale, mentre restano coscienti del fatto che il giurista ha bisogno di complessità e che il diritto non è riducibile alle astrazioni ed alle tecniche.

7. Nel XIX secolo, la storia del diritto nasce ed è accolta nelle facoltà di giurisprudenza come scienza legittimatrice del diritto costituito, inteso come il diritto che è prodotto dallo Stato. Prende in considerazione solo le fonti del diritto ufficiale ed ignora deliberatamente sia i fenomeni giuridici non statali, sia quei fenomeni non giuridici che costituiscono tuttavia i contesti in cui nasce e si sviluppa il diritto ([5]). È questo è il nostro carattere originario: una disciplina al servizio della legittimazione del diritto ufficiale. Poi, agli inizi del secolo, a contatto con le correnti positivistiche e con l'affermarsi di metodologie critiche, la storia giuridica provò ad imboccare la via di una storiografia in qualche modo integrata con le altre scienze della società. Visse in quel momento una delle sue stagioni più prestigiose nel concerto delle scienze storiche, quando il metodo economico-giuridico, pur con i limiti che gli conosciamo, orientò la ricerca di storici di grande valore, che non erano giuristi, e che seppero utilmente rapportarsi con la storia giuridica, contribuendo anche a farla. Fu quello uno dei momenti di massimo allontanamento dalla funzione di legittimazione e convalida dello Stato e del suo diritto, e fu anche uno dei momenti di più alto vigore critico della storiografia giuridica, almeno in Italia. Trascorsa quella fase, lo storicismo idealista ci confinò di nuovo nel nostro recinto un po' esoterico, a svolgere una funzione ausiliaria della « grande storia » che, per un verso, non siamo riusciti, o non abbiamo voluto, svolgere noi, mentre per l'altro è stata lasciata cadere dai suoi stessi destinatari. Da tempo, tuttavia, occorre dire, la storia del diritto ha riguadagnato coscienza dei suoi problemi, ha imposto il suo specifico nel panorama della storiografia, ha intavolato con qualche autorevolezza un discorso di confronto nella duplice direzione dei giuristi e degli altri storici.

([5]) Lo ricorda brevemente N. ARNAUD-DUC, *Les « valeurs » et le « détail »: réflexions sur la pratique de l'histoire du droit*, in *Droit et Société*, 10, 1988, p. 409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oggi, se non sbaglio, ci rendiamo conto che l'allargamento (e, se non mi si fraintende, l'*aggiornamento*) degli oggetti di indagine e, soprattutto, le attenzioni interdisciplinari, aprono uno spazio che, se è vitale per la ricerca, è per certi versi pregiudiziale al fine di far (ri)trovare alla storia una specifica funzione nella didattica del diritto. Ed una primaria funzione, in questa prospettiva, spetta proprio alle nuove articolazioni disciplinari, che hanno comportato un naturale allargamento del nostri terreni di indagine e — nate spesso per questo — hanno condotto ad una specificazione dello sguardo storico che è di per sé una forma di aggiornamento.

8. Tra di esse, la storia penale. Al pari di altre recenti formazioni disciplinari mi pare che rappresenti un esempio abbastanza probante delle indicazioni che sono venuto dando fino ad ora. Una prima precisazione mi pare necessaria: parlo di ' recente formazione disciplinare ', mentre sappiamo bene che gli storici del diritto praticano da sempre la storia del penale, anche se in questo, come in altri campi della nostra attività, gli interventi, compresi quelli di eccellente livello, sono stati in passato sporadici e occasionali. Ma un campo di studi non è la stessa cosa che un'articolazione disciplinare. Si può dire quindi che solo di recente la storia penale, mentre è ancora impegnata a darsi, nel vivo della ricerca, un suo statuto scientifico, ha avuto modo di misurarsi sul terreno dell'autonomia disciplinare e didattica.

Mi riferisco alla storia penale come ad un campo che comprende la storia del diritto penale ma non si esaurisce in essa, perché nel penale non c'è soltanto il diritto. Ci sono le norme, che sono una cosa diversa e talora assai diversa, ci sono le connessioni con la società, ci sono i valori, gli interessi, le ragioni di allarme, i rapporti con lo Stato, il rapporto tra ordine e garanzia; c'è il controllo sociale, che non è diritto né legislazione, non è sanzione, non è sanzionato, ma ha una importanza straordinaria. Inoltre, malgrado quanto ci siamo abituati a pensare nel presupposto che il penale sia qualcosa di unidimensionale, determinato della sua derivazione integralmente statale, la storia penale è in realtà la storia di un'articolata pluralità. Per una lunga fase che arriva fino al momento della sua statalizzazione, il penale mantiene al suo interno elementi privatistici (gli storici cominciano solo ora a lavorare sulla natura sociale e giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei *conflitti*), insieme a caratteri pubblici che però non sono ancora statali ed accanto a connotazioni statali che però non hanno ancora occupato interamente il campo. C'è il processo, ma ci sono forme di giustizia diverse dal processo (modernamente inteso) perché non hanno come fine l'inflizione di una pena, ma il conseguimento di una vendetta, o una composizione, o un risultato arbitrale che prescinde dalla pena. Elementi di pluralità che, come sappiamo, non si dispongono ordinatamente in una successione nella quale quello più razionale e moderno prende via via il posto di quello più rozzo ed arretrato, ma tutti insieme convivono, si condizionano e si influenzano, facendo della storia penale qualcosa che si concilia a fatica con l'evoluzionismo giuridico (6). Ponendoci da un altro punto di vista, si può dire che la valorizzazione del pluralismo delle pratiche a scapito del (preteso) susseguirsi ordinato delle regole, risponde alla necessità di passare dalla preminenza delle astrazioni giuridiche rispetto alle vicende storiche, alla preminenza delle vicende storiche rispetto alle astrazioni giuridiche: un buon viatico per il giurista in formazione, volto ad evitare quella forma di perversione che consiste nell'immaginare una priorità ed una onnipotenza del fenomeno giuridico, che non sarebbe, oggi come oggi, un buon insegnamento. Infine c'è il crimine, e c'è la società messa in rapporto con i comportamenti criminali, insieme a tutto ciò che riguarda il processo di criminalizzazione e la formazione della legge penale.

Il versante Stato della storia penale è un versante molto forte, ma il suo arrivo sulla scena è molto più recente di quanto di solito si pensi; la norma penale, dal canto suo, è una norma di forte interesse e la sua evoluzione costituisce un eccellente indicatore della evoluzione dello Stato e dei suoi rapporti con la società. Il penale ed il suo diritto, in senso moderno, si manifestano pienamente quando la dimensione politica diviene abbastanza stabile ed abbastanza autonoma rispetto alle relazioni sociali, da prendere il posto della vittima in un numero sempre crescente di conflitti privati. Si pretende allora che il torto principale non sia quello subito dalla vittima, ma quello inflitto alla pace pubblica, e poi alla società, di cui la politica o il potere si dichiarano rappresentanti e garanti, così come

(6) Annotazioni metodologiche che vanno in questa direzione è possibile trovare in N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, p. 62 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si intende punire ogni più piccola resistenza al monopolio, parimenti rivendicato, dell'uso legittimo della forza. Allo stesso tempo i delitti 'pubblici' abbandonano la sfera forte, ma tuttavia ristretta, della lesa maestà e crescono a misura dell'allargarsi della funzione regolatrice dello Stato. Questo processo di identificazione si svilupperà e si semplificherà fino a realizzare una totale identificazione tra il penale e lo Stato: le mutazioni attuali della sfera penale sono il segno delle mutazioni statali e la sua crisi è indizio della crisi dello Stato contemporaneo. La norma penale ne esce come l'indicatore più forte della crescita e della strutturazione dello Stato, allo stesso modo in cui essa è, per eccellenza, il vettore della sovranità.

Questa rassegna di elementi problematici, relativamente ovvii dal punto di vista scientifico, vuole mostrare le potenzialità didattiche di un'articolazione disciplinare, nella prospettiva della formazione di un giurista non genericamente inteso, ma qualificato da una visione integrata del fenomeno giuridico. Sto quindi insistendo su due punti: la speciale vocazione degli storici a svolgere questa funzione e l'adattabilità a questi fini di settori disciplinari particolarmente sensibili alla pluralità delle dimensioni. In nessuna sede meglio che in quella storica, io credo, è possibile mostrare come gli Stati di diritto hanno giuridicizzato la politica ed hanno costituzionalizzato il potere, o come il dispotismo non abbia conosciuto processi di autolimitazione col mezzo del diritto, e sia da ciò riconoscibile, secondo le regole della dialettica tra potere e garanzia: o, se si vuole, secondo le logiche dello scontro/incontro permanente tra giuristi e potere, che è il rumore di fondo di tutta la lunga storia dei sistemi punitivi.

Siamo alle condizioni fondamentali, o se si vuole alle premesse, della storia penale proiettata nella sua dimensione didattica, ed è appena il caso di dire che sto riflettendo su metodi, senza pensare minimamente a proporre contenuti. In questo tipo di lavoro didattico si coinvolgono, infatti, accanto allo specifico del diritto e della sua trasformazione su base tecnica, la società e i poteri, le istituzioni e le loro politiche, insieme alle culture, le mentalità, i valori, i beni. Si vede bene che ciascuno di questi elementi rappresenta un passaggio metodologico, e che sarebbe banalizzato ed impoverito se venisse assunto come un semplice contenuto del discorso formativo. Siamo in qualche misura, se riesco a farmi capire, sul terreno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

largamente inteso della *comparazione*, a ragione evocata e sottolineata nella relazione di Antonio Padoa Schioppa.

9. Antonio Manuel Hespanha ha proposto di recente, in un dizionario enciclopedico, una definizione del lemma *Storia del diritto* che compendia in modo del tutto adeguato i termini nei quali è possibile porre oggi lo statuto scientifico della nostra materia. La Storia del diritto, scrive Hespanha, è quella « Branca della storia che si occupa del diritto, concepito sia come l'insieme delle norme giuridiche prodotte o riconosciute dai poteri ' ufficiali ', sia come la pratica normativa spontanea della società o dei gruppi, sia infine come le categorie dottrinali o discorsive dei giuristi scienziati » (7).

È inutile che io dica che questi sono pure i termini, non solo logici, ma anche tematici (termini nel senso di confini), nei quali è possibile porre oggi l'insegnamento storico del diritto nelle facoltà di giurisprudenza. Hespanha aggiunge che « ...i progressi dell'antropologia politica e giuridica hanno prodotto una coscienza acuita della storicità dei paradigmi politici e giuridici della tradizione ' statale ' e ' positivista ', ed hanno aperto alla storia del diritto le vie di una concezione pluridimensionale (e non crono- o etnocentrica) del potere e del diritto » (8). Si tratta di un modo di indicare le potenzialità della nostra disciplina che mi pare del tutto condivisibile (9) e che dimostra come le innovazioni e gli arricchimenti succedutisi in questi ultimi venti anni abbiano prodotto, tra l'altro, una consonanza di vedute che ha spezzato recinti e schemi. Ormai, il terreno sul quale ci si misura va ben al di là dell'Italia, ed i protagonisti non sono più soltanto storici del diritto ' professionali ' ma scienziati diversi, che applicano al fenomeno giuridico le loro diverse competenze. Io credo che questa buona stagione della nostra ricerca corrisponda anche ad una grande occasione per la

---

(7) A.M. HESPANHA, voce *Histoire du droit*, in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, dir. da A.-J. Arnaud, Paris- Bruxelles, 1988, p. 172.

(8) A.M. HESPANHA, voce *Histoire du droit*, cit., p. 173.

(9) Nel prosieguo della sua eccellente sintesi, Hespanha indica una serie numerosa di profili diversi sui quali la ' nuova ' storia del diritto si è impegnata, allargando considerevolmente il respiro della ricerca e realizzando decisivi collegamenti con importanti correnti storiografiche, politologiche, antropologico-giuridiche e sociologiche della più recente e viva cultura europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostra didattica. Si tratta di trovare gli strumenti operativi, o se si vuole, i veicoli disciplinari per realizzare i passaggi necessari. Alcuni di questi strumenti sono già disponibili e chiedono solo di essere utilizzati in modo adeguato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Discussione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VINCENZO PIANO MORTARI

Vorrei fare alcune osservazioni e possibilmente avere chiarimenti sulle relazioni del pomeriggio.

Sbriccoli ha insistito sul rapporto stretto tra attività didattica e ricerca scientifica, ma ho l'impressione che egli non abbia tenuto conto della realtà della situazione universitaria italiana attuale. Certamente sarebbe augurabile il collegamento tra le due forme di attività dei docenti ma sia chiaro che la connessione oggi non si può compiere: il docente nella sua opera di insegnamento porta sempre in maniera effettiva soprattutto il contributo della sua reale esperienza scientifica. Si ricordi, d'altro canto, che nelle facoltà umanistiche il numero estremamente vasto di studenti proviene da scuole secondarie diverse. Di conseguenza essi hanno a monte una formazione culturale diversa ed in gran parte sono privi di conoscenze indispensabili per gli studi storici. Essi, cioè, sono privi di conoscenze esaurienti della storia politica, di quella economica e molto spesso mancano della conoscenza della storia della filosofia come del latino e del greco. Ora com'è possibile in queste condizioni compiere un vero e proprio insegnamento di storia giuridica medievale e moderna?

Osservazioni peraltro che valgono egualmente per lo studio delle discipline di carattere romanistico.

Altro rilievo. Ajello ha criticato decisamente sulla base di un indirizzo di pensiero non del tutto chiaro la metodologia storiografica più diffusa nel nostro paese e seguita anche da alcuni studiosi nel sapere storico del diritto senza prospettarne però una diversa e più convincente. Ajello, cioè, ha ritenuto del tutto superata buona parte della storiografia italiana che rimane ispirata dagli insegnamenti crociani ed in materia meno profonda dall'influenza esercitata sul sapere storico dalla sociologia, dal marxismo quando non si è ridotta a ricerche prevalentemente erudite o filologiche. In altre parole la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

polemica anticrociana di Ajello tende ad oscurare il significato e l'importanza dati dal filosofo italiano all'adozione della sua metodologia storica. Significato ed importanza che nel complesso proprio in questi ultimi anni sono stati rivalutati in gran parte nei libri specifici su Croce scritti da Gennaro Sasso e da Giuseppe Galasso per limitarsi a ricordare soltanto gli studiosi di rilievo maggiore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIANGUALBERTO ARCHI

Nel corso delle relazioni tenute questa mattina e questo pomeriggio ho udito ripetere, a proposito del titolo del Convegno, questa domanda: per quale giurista?

Siamo qui invitati per parlare e per discutere dell'insegnamento della Storia del diritto medievale-moderno, organizzato in una dimensione così ampia da ricomprendere anche la problematica quale si propone al di là della Facoltà di Giurisprudenza. Ma è certo che la domanda, se posta da un giurista, assume contenuti e significati di importanza particolari. Io, al momento, mi rivolgo ai giuristi.

Una prima riflessione è la seguente: la domanda per quale giurista? è possibile solo se la storicizziamo, cioè se noi ci domandiamo a quale funzione oggi, 1992, nell'Università Italiana, Facoltà di Giurisprudenza, l'insegnamento storico del diritto, inteso nei limiti temporali indicati, debba adempiere. In questi termini la domanda non solo è legittima, ma anche opportuna, anzi necessaria. Questa affermazione io la motivo con profonda convinzione personale: la domanda è legittima in quanto gli avvenimenti succedutisi nei decenni di mezzo del nostro secolo hanno coinvolto in tal fatta la società, da non lasciare indenne alcuno di quei principi fondamentali, ai quali in precedenza si riconduceva l'esigenza giuridica. Di questa, infatti, e crederei sia pressoché inutile dirlo in un convegno di giuristi, è possibile discutere in quanto ci si riferisce a un preciso momento storico. E lo storico del diritto in quanto tale deve sapere, nella sua ampia visione della giuridicità, che non è certo da meravigliarsi se nel decorrere del tempo si manifestano simili rivolgimenti. Direi che questo è proprio il suo compito precisto, allorché egli assume la qualità di docente di giurisprudenza in periodi di trasformazioni sociali, quello cioè di proporre un « *docere* » che, nell'esporre la giuridicità del passato, ne metta in evidenza quegli eventuali valori, che per il futuro non debbono essere dimenticati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Personalmente io sarei molto interessato a una ricerca che mi illustrasse quali sono stati i programmi di Storia del Diritto Italiano in questo secondo dopoguerra, tenuto conto di quanto verificatosi nell'esperienza culturale, anzi umana della seconda metà del nostro secolo. Non credo di sbagliare nell'affermare che in più di un caso noi ci troveremmo di fronte a un silenzio simile a quello, che segna il passaggio dal moto alla stasi totale. Ammettiamo pure che questa mia supposizione sia errata (e personalmente me lo augurerei), ma un'altra considerazione mi sembra incontestabile: alla maggioranza dei nostri studenti di oggi gli insegnamenti storici e quelli cosidetti di diritto positivo si presentano come due culture separate, delle quali la complementarietà non è considerata dagli stessi docenti, che nella loro attività didattica si ignorano reciprocamente.

Orbene, la crisi della Università italiana, per quanto riguarda gli insegnamenti della giurisprudenza, può essere compresa nella sua profonda ragion d'essere, solo se si approfondiscono i termini, che sostanziano la divaricazione prodottasi nel corso del XIX° secolo con l'avvento del positivismo legalistico e della conseguente sistematica giuridica. Questi due eventi, dei quali non intendo contestare l'opportunità, e quindi la necessità storica, oggi vanno da noi considerati di fronte ai problemi postici da una giuridicità, che sotto ogni aspetto diversifica la prospettiva dalla quale noi si considerava quegli eventi ancora in un recente passato. Io non credo che tutto questo possa considerarsi indifferente per un insegnamento storico del diritto proprio a una società, che, come la nostra, vive nel solco di una tradizione quale quella del pensiero e della esperienza giuridica romana. Ma il mio discorso sarebbe senza fine, e io debbo chiudere.

Mi sia concessa ancora una osservazione, a proposito di una proposta da ultimo qui avanzata. Se bene ho capito, è stato suggerito di prendere contatto con gli storici politici per avere consiglio sui temi, che potrebbero fare oggetto dei nostri corsi universitari. Premesso che certo ogni buon consiglio da qualsiasi parte venga deve essere sempre il bene accetto, temo che in questo caso il seguire questa via non sia di grande utilità. Questo almeno per quanto riguarda il periodo moderno e contemporaneo. Nella realtà delle cose gli storici politici hanno dimostrato, almeno in Italia, una mancanza di interessi per quella che la giuspubblicistica italiana ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto con tanto acume negli anni seguenti la nostra Unità. Eppure si è trattato di un pensiero di altissima qualità, che ha permesso alla nostra *scientia iuris* di raggiungere in breve tempo i livelli del più progredito pensiero europeo. Se certamente non è da negare che la nostra ultima storiografia risorgimentale è riuscita finalmente a farci comprendere il cosidetto Risorgimento come un momento da inquadrarsi nel contemporaneo momento storico europeo, essa però non ha ancora avvertito la necessità di avvicinarsi alla problematica giuridica.

Se mi è permesso esprimere a mia volta un auspicio, lo formulerei in questi termini: nel momento attuale, tenuto conto di quelle che sono le esigenze del quadro generale della giuridicità oggi da studiarsi non più soltanto in orizzonti strettamente nazionali, ma in tutta la sua complessità dovuta alla rivoluzione operatasi nella seconda metà del nostro secolo, gli storici del diritto trovino nelle loro riflessioni l'originalità necessaria per il futuro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

Quando si discute delle « articolazioni » dell'insegnamento storico-giuridico nelle Facoltà di Giurisprudenza, io credo che si faccia essenzialmente riferimento ai problemi di « dislocazione » degli insegnamenti — al plurale — storico-giuridici entro quelle Facoltà, al « posto » che quegli insegnamenti possono o devono occupare nella formazione dei giuristi. Naturalmente, per porre un problema di questo tipo è necessario prima e preliminarmente acquisire un'idea, anche solo molto generale, su che cosa possa significare domani « formare un giurista », o su che cosa si avviino ad essere domani sotto questo profilo le Facoltà di Giurisprudenza. Anche perché, senza una cornice di questo genere, il discorso sul « posto » degli insegnamenti storico-giuridici è destinato fatalmente a chiudersi in logiche tutte interne alla corporazione storico-giuridica, che come tali risultano sul lungo periodo sicuramente perdenti. Detto in altri termini: il « posto » degli insegnamenti storico-giuridici nelle Facoltà di Giurisprudenza sarà — per così dire — un « buon posto » solo se gli storici del diritto saranno capaci di offrire un buon contributo alla comprensione delle trasformazioni in atto nell'ordinamento giuridico, e dunque nella educazione dei giuristi all'interno delle Facoltà di Giurisprudenza.

Come si vede, il discorso si allarga a dismisura, forse troppo; e tuttavia, rimane ineludibile ai nostri fini per lo meno una domanda: quali sono le trasformazioni attuali dell'ordinamento giuridico più rilevanti, nel senso di più incidenti sulla educazione, o sulla formazione, del giurista?

Tali trasformazioni sono fondamentalmente due; e noi le enunciamo nei seguenti termini: la *internazionalizzazione del diritto*, e la *destrutturazione del sistema statuale delle fonti di diritto*. Esaminiamo brevemente l'una e l'altra. Per « internazionalizzazione del diritto » s'intende quel processo effettivo, storico-materiale, che sta rendendo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre più problematica la ricostruzione di veri e propri istituti giuridici a partire esclusivamente dalle legislazioni nazionali. È a tutti noto come nell'ambito del diritto civile molti dei nuovi istituti giuridici nascano direttamente sul piano internazionale, ovvero nella prassi comunicativa tra diversi ordinamenti giuridici nazionali; ed è a tutti parimenti noto come sul versante pubblicistico le vecchie sistemazioni del diritto amministrativo italiano siano tumultuosamente messe in crisi dalla crescente rilevanza interna del diritto comunitario. Traiamo alcune prime conclusioni provvisorie da queste rapide notazioni: sarà sempre più difficile insegnare *il diritto positivo dello Stato italiano*, sarà sempre più difficile insegnare una « Storia del diritto italiano »; ed è certamente confortante il fatto che — come abbiamo appreso dalle parole di presentazione di Paolo Grossi — la Commissione Ministeriale attualmente al lavoro abbia in animo di proporre l'abolizione di questa vecchia ed inattuale etichetta, per sostituirla con quella, certamente ben più accettabile, di « Storia del diritto medievale e moderno ». Si può solo aggiungere — anche qui purtroppo solo di sfuggita — che certamente una delle partite più rilevanti per il futuro della ricerca, e della didattica, storico-giuridica si giocherà proprio sul terreno comparatistico, del contributo che gli storici del diritto sapranno dare sul duplice terreno del diritto comparato e della storia comparata.

E veniamo alla seconda trasformazione in atto, ovvero al sempre più evidente ed avanzante processo di destrutturazione del sistema statuale delle fonti di diritto. Tutti noi sappiamo quanto sia difficile spiegare agli studenti, a partire del tradizionale concetto ottocentesco della sovranità dello Stato-persona — a nostro giudizio rimasto più o meno sotterraneamente dominante anche nella nuova età delle costituzioni democratiche —, che cosa sia « legge », o « regolamento », o « codice », e via dicendo. Sono problematiche ormai a tutti note, ed il dibattito sulla crisi della legge e della certezza del diritto non è certo cosa solo di questi giorni. C'è tuttavia una novità che può e deve essere percepita oggi nella sua interezza. Il fatto è che questa riflessione sulla « crisi » sta sempre più avvicinandosi a quelle analisi politologiche, e storico-politiche, che ormai da tempo vanno proponendo la c.d. « perdita del centro » come caratteristica essenziale delle trasformazioni in atto nei sistemi politici contemporanei. È questo un punto di grande rilievo, che avrà nell'immediato futuro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricadute notevolissime all'interno del mondo fin qui un pò separato dei giuristi. Chi pensa — tanto per andare subito al cuore del problema — che alla perdita di centralità del codice nel sistema della legislazione civilistica si possa porre rimedio riannodando le sparse membra di tale legislazione direttamente ai principi della costituzione è destinato oggi a trovare le stesse difficoltà sul piano della costituzione medesima, anch'essa sempre più in affanno nel rappresentare il « centro » del sistema politico, nel sostenere, in quanto suprema norma giuridica, una dimensione di effettiva precettività dei principi che la compongono. Il fatto è che ciò che abbiamo chiamato « destrutturazione del sistema statuale delle fonti di diritto » non è altro che l'espressione formale di un processo storico-materiale in atto, che sta conducendo rilevanti parti delle forze concretamente operanti nell'esperienza giuridica a costruire micro-ordinamenti, a costruire cioè quei « diritti » che hanno la loro *ratio* esclusivamente nella loro immediata funzionalità a risolvere i problemi che sono sentiti come più urgenti da quelle medesime forze. È per questo motivo, in ultima analisi, che *tutti i progetti generali* tendono a perdere di efficacia: quello contenuto nel codice, ma anche quello contenuto nella costituzione; in realtà, è la « perdita del centro » la causa strutturale di fondo che accomula tutti questi fenomeni: la decodificazione del diritto civile, ma anche la complessiva decostituzionalizzazione dell'esperienza giuridica.

Ed allora: come reagire a queste trasformazioni in atto? Che cosa produrrà tutto questo nell'insegnamento del diritto? Ed in particolare in quello storico-giuridico? Sommariamente, sono possibili due atteggiamenti. Il primo, spesso per semplice forza d'inerzia, o magari qualche volta con l'improvvisato supporto di qualche mal digerita filosofia del c.d. « post-moderno », oscilla tra quella che io chiamerei una vera e propria « cultura della rassegnazione » ed il compiacimento, più o meno dissimulato, per la conclusione di un'epoca, e finisce di fatto per predicare, o per oggettivamente favorire, un'integrale giurisprudenzializzazione del diritto, l'impossibilità non dico del sistema, ma anche e perfino della costruzione dei singoli istituti giuridici. È sulla base di questo atteggiamento che si spiegano secondo me nel profondo certe pigrizie della scienza giuridica, il suo sempre più frequente « dar ragione » alla prassi, quasi come se l'epoca della scienza stesse per esaurirsi nel mondo del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto. Sul piano dell'insegnamento del diritto, tutto questo significa: progressivo indebolimento dello studio istituzionale e per principi del diritto; rinuncia a riscrivere in modo sistematico i manuali, ed al posto di questi la crescente comparsa di « materiali »; ed infine, sullo sfondo, l'inevitabile, in questo quadro generale, rincorsa alla super-specializzazione, alla iper-specializzazione.

Su questa prospettiva, così sommariamente riassunta, si può essere più o meno d'accordo — io dissento fortemente, come subito espliciterò —, ma una cosa è certa: in essa lo storico del diritto non ha alcuna cittadinanza. Infatti, se nelle Facoltà di Giurisprudenza si decidesse d'insegnare non più — per esempio — il « diritto amministrativo » a partire dagli istituti e dai principi, ma il diritto dell'amministrazione sanitaria, o di quella scolastica, o dei servizi pubblici locali, o quant'altro, noi creeremmo dei tecnici di settore che giustamente, a quel punto, vedrebbero la storia come un fuor d'opera, o magari come una vera e propria perdita di tempo. Né appare ragionevole e produttivo di futuro per le nostre discipline storico-giuridiche il seguire — o magari il rincorrere — questa tendenza proponendo varie storie del diritto « specializzate », che così intese sarebbero inevitabilmente da collocare negli ultimi anni di corso, e quindi da proporre a studenti che ormai sarebbero solo ansiosi, e giustamente, di seguire la propria specializzazione nei suoi insopprimibili contenuti tecnici. Ma non è solo per amore di patria, o di disciplina, o di corporazione, che ritengo si debba contrastare la tendenza di cui stiamo discutendo. Ritengo anzi che la si debba contrastare *come giuristi, prima ancora che come storici del diritto*; infatti, alla fine di questa tendenza non vi è, come qualcuno ingenuamente sogna, un nuovo ordine del diritto di tipo post-sistematico o neo-casistico: sono questi sogni ispirati da una certa idealizzazione del modello britannico, o anche da una certa stilizzazione del glorioso passato medievale — andrebbe studiata a parte la ricorrente tentazione degli storici del diritto a « riproporre » il diritto comune come diritto « attuale » —, come tale per noi non più riproponibile, per un semplice ed ottimo motivo: la « logica del caso » non produrrebbe oggi, se abbandonata a se stessa in un contesto storico così mutato, un temperamento del diritto in senso equitativo, o magari più « realismo » nelle scienze giuridiche, ma il puro e semplice dominio del sotto-sistema dell'economia sul sotto-sistema del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto. Con conseguenze facili ad intuirsi: un diritto che si riduce a « mimare » con le proprie leggi le leggi dell'economia — come in parte già sta accadendo in modo secondo noi sempre più visibile — fondamentalmente non è più « diritto », ma una semplice tecnica di sistemazione e mediazione degli interessi, di cui a lungo andare non sapremmo più riconoscere i caratteri specifici, rispetto ad altre possibili tecniche, più marcatamente politiche, o economico-finanziarie, o addirittura matematico-informatiche.

Naturalmente, tutto questo non vuol dire che in un prossimo futuro non si sia chiamati a correggere il vecchio e glorioso impianto delle Facoltà di Giurisprudenza in una certa direzione. Quando, per esempio, ci si accorge che i vecchi manuali sono irrimediabilmente superati, e non si è in grado di scriverne dei nuovi, è evidente che sorge il problema di fornire agli studenti dei « materiali »: noi dobbiamo infatti pur insegnare loro come si legge un atto della pubblica amministrazione, o la sentenza di un giudice; ed è giusto rilevare che qualche volta i manuali divengono il fine stesso, l'oggetto primario, del processo di apprendimento, e non uno strumento di quel processo, come dovrebbero essere: è chiaro che qualcosa non va in una situazione di cui all'Università s'impara il Sandulli, o il Trabucchi, e non il diritto amministrativo, o il diritto privato. Ed ancora, su un piano più complessivo: è evidente che la crisi del paradigma statualistico — la destrutturazione del sistema statuale delle fonti di diritto cui sopra abbiamo fatto riferimento — premerà sempre più sul tradizionale modo di studiare il diritto; ma una cosa è rimeditare in questa chiave sulla nozione ricevuta di « forza di legge », o rileggere la dottrina dell'interpretazione in senso post-statualista, e nella medesima direzione il ruolo stesso dei giudici — come nella recente interessante ricerca di Gustavo Zagrebelsky su « Il diritto mite » (Einaudi, 1992) —; ben altra cosa è procedere ad una rapida e poco consapevole svendita della tradizione giuridica europeo-continentale, e con essa del tradizionale modo di studio, e d'insegnamento, del diritto per principi e per istituti. Se nei prossimi anni la cosiddetta « opinione media » dei giuristi dovesse procedere in quest'ultima direzione, a mio giudizio non dovremmo esitare ad assumere atteggiamenti apertamente conservatori.

Tuttavia, come sopra si diceva, vi sono *due modi* di reagire alle trasformazioni in atto: tra i due estremi, entrambi da rifiutare, della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stanca e logora riproposizione del paradigma statualistico e della nuova tendenza di stampo casistico-esegetico, è possibile iniziare a definire una nuova strategia, che definirei di conservazione del tradizionale primato dei principi e degli istituti, ma svincolando gli uni e gli altri dalla vecchia cultura positivistico-statualistica. Si tratta qui di salvare la sostanza del tradizionale modo di studiare il diritto per principi e per istituti, scartando la forma, o meglio l'involucro statualista che fino a questo momento ha avvolto quella sostanza. Questa è oggi la « frontiera » della scienza giuridica e dell'insegnamento del diritto, che riassumerei in una domanda: sarà ancora possibile uno studio, ed un insegnamento, del diritto per principi e per istituti, per concetti e forme astratte e generali, ora che quello studio e quell'insegnamento potranno sempre meno beneficiare del consolante e semplificante presupposto del « centro », in forma di « sovranità dello Stato »?

La mia risposta è positiva, e comunque sostengo che questa è la scommessa del nostro presente. Mi sembra cioè che la situazione veramente da superare sia quella di uno studio istituzionale del diritto nei primi anni di corso che è ancora fondamentalmente lo studio del diritto positivo italiano, al massimo condito con qualche notazione introduttiva di carattere storico-comparativo. È questo il dato oggi veramente vecchio ed insufficiente. In realtà, concetti generali come « legge », « costituzione », « libertà », « fonte di diritto », franano, anche e proprio sul piano didattico, proprio perché sono ancora pensati tutti dentro l'orbita del vecchio paradigma ottocentesco di stampo statualista. È qui che bisogna lavorare, magari anche con uno sforzo di fantasia; ed è qui che gli storici del diritto possono dare un rilevante contributo.

Torniamo dunque, rafforzati da queste convinzioni, al nostro problema delle « articolazioni » dell'insegnamento storico-giuridico nelle Facoltà di Giurisprudenza. Di fronte ad un quadro così mosso, ed anche così pieno di insidie, come quello sopra descritto, gli storici del diritto possono davvero limitarsi a riproporre la tradizionale obbligatorietà della « Storia del diritto italiano », con la sola innovazione della etichetta — « Storia del diritto medievale e moderno », abbiamo detto —, e magari con la proposizione, laddove è possibile, di qualche corso « avanzato », o « monografico », negli anni di corso successivi? Noi crediamo di no; e pensiamo che gli storici del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possano dare un contributo importante per il rinnovamento della didattica di primo anno di cui sopra si discorreva. *Potenziare lo studio preliminare ed istituzionale del diritto attraverso la storia*: questo può essere un programma di lavoro meritevole di approndimento e di sviluppo.

E proviamo allora finalmente ad immaginare, proprio nel primo anno di corso, insegnamenti come « Teoria e Storia della Costituzione », o « Teoria e Storia del Codice », o « Teoria e Storia dell'Amministrazione » (1); insegnamenti che, del tutto affrancati dalla vecchia ipoteca statualistica, sappiano rileggere il tradizionale vocabolario giuridico europeo — quello del diritto comune, ma anche quello delle rivoluzioni, ed oltre: e qui ogni polemica tra « medievisti » e « modernisti » appare veramente priva di significato — e riproporlo agli studenti: che cosa se non la storia può aiutare a *ricostruire*, a rimettere ordine nei concetti-base delle nostre scienze? Possiamo davvero continuare ad insegnare che cosa è « legge », o « negozio giuridico », senza la storia, proprio ora che quei concetti sempre meno fanno presa su una realtà sempre più complessa e multiforme?

Qui è il cuore del nostro problema, e qui sta anche la motivazione più profonda della nostra proposta di rilanciare il ruolo degli insegnamenti storico-giuridici nei primi anni di corso, nella formazione iniziale dei giuristi. Certo, è bene essere chiari. Io non penso affatto che insegnamenti come « Teoria e Storia della Costituzione », o come « Teoria e Storia del Codice », o come « Teoria e Storia dell'Amministrazione », siano delle etichette da aggiungere al catalogo delle discipline facenti parte del raggruppamento storico-giuridico, che *comunque* debbano essere insegnate dagli storici del diritto. Penso piuttosto ad esigenze di carattere didattico di primo anno — che sono sotto gli occhi di tutti — da soddisfare comunque, con gli storici del diritto, o altrimenti; e penso ad una situazione in cui le Facoltà siano finalmente libere di rompere certi lacci ministeriali, e di decidere autonomamente se dispongono di storici del

(1) Per quanto riguarda specificamente « Teoria e Storia della Costituzione », ho cercato di motivare più dettagliatamente la mia proposta in M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la « Costituzione »?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 21 (1992), pp. 623-637.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto in grado di coprire efficacemente insegnamenti di questo genere in modo funzionale per la didattica di primo anno, o se invece non sia più opportuno affidare questo tipo d'insegnamento ad *altri giuristi*: non vi sono forse costituzionalisti che sarebbero ben capaci, e ben contenti, d'insegnare « Teoria e Storia della Costituzione »? Si aprirebbe così una salutare competizione — finalmente, è il caso di dire! — tra giuristi — tra storici-giuristi ed altri giuristi, nel nostro caso —, che vedo produttiva di effetti assai benefici per il futuro. Ma soprattutto ciò che più conta è che tutto ciò potrebbe essere benefico per le Facoltà di Giurisprudenza del futuro, se si accetta il presupposto da cui siamo partiti: che il compito del presente sia quello di ricostruire su basi completamente nuove l'insegnamento tradizionale per concetti, per principi, per istituti. Se invece si pensa che l'età di questo tipo d'insegnamento sia storicamente trascorsa, che il nuovo insegnamento del diritto debba essere tutto casistico, allora certamente le mie « Teorie » e « Storie » appariranno vuote fantasie, e si dovrà puntare più che altro a preparare dei buoni operatori specializzati. Ma allora, alla lunga, non vi sarà più spazio per gli storici del diritto, che diverranno fatalmente sempre più marginali.

Un'ultima notazione, che esplicita ciò che per noi era ovvio, ma che merita forse di essere messo in chiaro in modo più netto, proprio in conclusione. Noi non abbiamo affatto cercato di suggerire una nuova storiografia giuridica, meno descrittiva e più problematizzata, meno diffidente nei confronti delle concettualizzazioni e dei c.d. « modelli »: siano ben consapevoli di quanto sia intricato e delicato il nodo dell'uso dei « modelli » nel lavoro storiografico. Il nostro discorso era ben più modesto, e si svolgeva tutto sul piano dell'insegnamento, dei bisogni della didattica. E tra questi ultimi abbiamo individuato quello per noi primario: una riscrittura quasi integrale delle modalità iniziali, di approccio allo studio del diritto, che per l'appunto sappia riconcettualizzare su basi nuove e diverse, di cui a mio avviso sono parte essenziale le basi storiche. Ed è inutile aggiungere che una strategia di questo genere presuppone una forte e rinnovata disponibilità degli storici del diritto a confrontarsi soprattutto con quei giuristi, pubblicisti o privatisti, più disponibili a ripensare i fondamenti primi delle loro discipline, ma anche con i teorici generali del diritto, ed infine con un certo modo d'intendere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le discipline comparatistiche, che non sia mero confronto esegetico di più ordinamenti nazionali. Dall'alleanza tra tutti questi giuristi può forse scaturire una speranza attiva di riforma in positivo dell'insegnamento giuridico, che sappia contrastare la tendenza inerziale verso la frammentazione, verso la riduzione delle nostre Facoltà a scuole superiori di specializzazione. Anche gli storici del diritto, come molti altri, ed accanto a molti altri, hanno in questo senso precisi compiti da svolgere e precise responsabilità da assumere. Del resto, se non si salvano le Facoltà di Giurisprudenza — nei termini che abbiamo illustrato —, ben difficilmente si salverà la storia del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FEDERICO MARTINO

Data l'ora tarda sarò brevissimo e più che fare domande o osservazioni avanzerò qualche considerazione a voce alta soprattutto suscitata dal brillante intervento del professor Ajello. Una prima dichiarazione: lo studio del Medioevo è per me un interesse che data da tantissimi anni e credo che continuerò ad occuparmi dell'età medievale ancora per lungo tempo, ma non ritengo che per questo mi si possa qualificare come desideroso di tornare al Medio Evo. Ci sono stati degli anni nei quali occuparsi di Medio Evo poteva sembrare perseguire un interesse « erudito », cioè un interesse che relegava le nostre indagini in un settore « protetto » e che, in qualche modo, ci collocava in una zona separata da possibili agganci con le problematiche del mondo attuale. Viceversa questo studio mi pare acquisti oggi un interesse e un significato crescenti. Poc'anzi il professor Ajello sosteneva la necessità di considerare e di studiare la storia al di fuori dei parametri attraverso i quali, forse per troppo tempo, si è stati abituati a studiarla, al di fuori della logica — spesso assai contraddittoria — sia del vecchio idealismo che di talune sue nuove formulazioni in veste marxista. Non è un caso se per gli storici uno dei settori dove sono emerse le maggiori contraddizioni nell'uso di una certa analisi marxista è stato lo studio del Medio Evo, perché proprio il parametro della società divisa in classi antitetiche, della lotta di classe, a quel tipo di società difficilmente si attagliava e dunque alcuni eretici della storiografia marxista sono partiti proprio da esperienze condotte sul Medio Evo per effettuare nuove indagini e formulare nuove ipotesi in grado di dare risposte a numerosi, insoddisfatti quesiti di quella storiografia. In un momento in cui è necessario scoprire valenze nuove nel marxismo, anche con l'apporto di esperienze culturali diverse — ad esempio Weber —, il Medio Evo diventa una sorta di terreno di indagine particolarmente privilegiato, proprio perché ci consente di riappropriarci di stru-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti che erano stati trascurati e di verificarli nel concreto dell'analisi. Un'ultima, conclusiva considerazione. Mi pare di cogliere nell'intervento del professor Ajello una visione del Medio Evo come età nella quale più e meglio di ogni altra si è avuta l'affermazione delle ideologie nel senso di falsa coscienza. Certamente sottolineare questo aspetto è possibile, ma non può essere questa l'unica chiave interpretativa di un periodo storico assai complesso e ricco, né è lecito, mentre si guarda al Medio Evo con occhio illuminista, dimenticare che anche la « felicissima » età delle codificazioni coincideva con il trionfo dell'ideologia borghese, espressione di una falsa coscienza non minore di quella che il Medio Evo elaborava con l'idea del diritto comune come legge universale e immutabile. E ancora, se è vero che la storiografia di Calasso è di matrice idealistica, è pur vero che la sua geniale intuizione del sistema del diritto comune ha consentito di capire il ruolo e la funzione — assai concreti — che i giuristi hanno svolto nel Medio Evo. Un ruolo e una funzione politica e sociale, non meramente ideale. Non è un caso, dunque, se questa stessa idea di sistema ha avuto larga eco in lavori di studiosi non riconducibili alla matrice calassiana, come Sbriccoli o Santarelli, i quali si sono largamente serviti di essa per dimostrare come e per quali concreti interessi il sistema venisse adoperato dai giuristi medievali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIAN SAVINO PENE VIDARI

Mi permetto di intervenire brevemente, perché mi sento un po' insoddisfatto di come si sta sviluppando il dibattito. Mi sembra che esso si sia venuto indirizzando su alcuni particolari, su polemiche settoriali, su valutazioni soprattutto metodologiche riguardo alla ricerca. L'argomento in discussione, come è stato impostato all'inizio, mi pare invece diverso: esso riguarda essenzialmente l'inquadramento generale della didattica, non la ricerca.

Penso che da questa riunione dovrebbe emergere una presa di coscienza, sia individuale che collettiva, della necessità di un certo aggiornamento della nostra didattica, anche attraverso una maggiore attenzione per i manuali di storia del diritto medievale e moderno.

In questi ultimi 25 anni la liberalizzazione dei piani di studio ha portato, nelle diverse sedi universitarie, ad una differenziazione della didattica, anche nel campo della storia giuridica; sembra ora che si stia per procedere verso una riorganizzazione uniforme delle materie obbligatorie, fra le quali rientrerebbe sempre un insegnamento di storia del diritto medievale e moderno. Noi, docenti di questa materia, siamo pronti? Come pensiamo di presentarci al cambiamento derivante dalla nuova « tabella », per inserirci adeguatamente nella formazione del giurista attuale? Come ci sembra di dovere e potere rispondere alle aspettative dei giuristi contemporanei? Come contiamo di utilizzare per ciò i manuali esistenti? Come pensiamo di doverli modificare o integrare? Come vorremmo aggiornarli?

Ho sentito una risposta limitata e parziale a questi interrogativi. Mi sembra che le discussioni sulle aree o sui periodi di ricerca tocchino altri problemi: ciascuno di noi avrà sempre argomenti e momenti storici a cui indirizzerà i suoi interessi scientifici, potrà essere indotto da essi ad un particolare sviluppo della didattica, ma questa può — ed a mio giudizio deve — avere prospettive ed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obiettivi, che solo in parte possono derivare da alcune ricerche personali del docente.

La nostra didattica deve tener conto dell'inserimento della dimensione storica nella formazione culturale del giurista odierno. La crisi del mero positivismo giuridico riapre prospettive di ricostruzione storica, che in un recente passato erano spesso misconosciute. Tocca a noi sapere rispondere adeguatamente: la nostra didattica — ed i nostri manuali — devono inserirsi nel percorso di costruzione del giurista contemporaneo con la presentazione non di ' antiquaria ' ma di esperienze precedenti, che possano incidere sulla sua formazione culturale.

Molti di noi, pur impegnandosi a fondo nella didattica, hanno trascurato spesso di trasfonderla in manuali specifici. Alcuni di questi sono stati meritoriamente predisposti di recente, specie con riferimento alla storia delle fonti. Il diritto sostanziale è invece per lo più estraneo ai nostri attuali manuali, dai diversi punti di vista. Penso sia opportuno che in questa specie di esame di coscienza ci chiediamo se non sarebbe il caso che misurassimo le nostre capacità non solo nella ricerca scientifica, ma anche nella diffusione istituzionale delle sue principali acquisizioni, cosa che sino ad ora un certo numero di noi — me compreso — ha nel complesso trascurato. Un colloquio diretto con i colleghi delle altre materie giuridiche può in proposito esserci utile, anche per individuare le aspettative che si nutrono circa il nostro operato.

Da più di vent'anni i « Quaderni fiorentini » chiamano a raccolta, con felicissimi risultati, storici e giuristi su un « comune banco di lavoro ». Mi pare che, significativamente, lo stesso « Centro » che li pubblica ci abbia invitati a riflettere ora sulla nostra didattica e sui nostri manuali, per contribuire più efficacemente alla formazione culturale del giurista odierno: tocca a noi saper dare a ciò una risposta adeguata, in armonia con le aspettative del mondo del diritto che ci circonda.

Mi scuso di queste poche osservazioni, ovvie e banali, ma mi auguro non del tutto inutili.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Richiamo in breve l'attenzione su un'esperienza personale soltanto in modo indiretto attinente al tema del nostro incontro, inteso a valutare il presente e il futuro dell'insegnamento *universitario* della disciplina da noi professata. Recentemente ho avuto occasione di partecipare a Trieste, in rappresentanza della mia Facoltà, a un seminario d'aggiornamento organizzato congiuntamente dal Ministero della Pubblica Istruzione (Direzione generale per l'istruzione classica, scientifica e magistrale) e dall'IRRSAE Friuli Venezia Giulia (l'istituto preposto dalla Regione alla ricerca e alla sperimentazione nel settore educativo): l'argomento discusso dai partecipanti, una cinquantina tra presidi e docenti d'Istituti superiori nei quali si sta attuando la sperimentazione conosciuta come « biennio Brocca », era la didattica relativa alle materie giuridiche ed economiche. Non solo un bilancio e uno scambio d'impressioni tra professori giunti da varie zone d'Italia, e operanti in scuole di tipo diversificato, ma anche un invito a valutare le prospettive d'un'eventuale prossima applicazione dei corsi sperimentali a specifici indirizzi di studio.

E così, scelto per la conferenza il titolo ' asettico ' (per non suscitare troppi sospetti) « Quale diritto per l'istruzione classica », mi sono trovato a presentare — e poi a difendere — la storia del diritto intermedio come disciplina necessaria e sufficiente alla preparazione giuridica degli studenti del settore più letterario e più umanistico degli studi medi.

Ho cercato d'illustrare al meglio l'assunto, soffermandomi su una serie di questioni di diritto medievale e moderno che avrebbero potuto, secondo me, sollecitare l'interesse di docenti e discenti, invogliandoli all'approfondimento, e al tempo stesso esser compatibili con le indicazioni di massima fornite dai programmi « sperimentali » del Ministero. Si consideri che questi pongono tra gli « obiettivi di apprendimento » il metter in grado lo studente, giunto alla fine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del corso, di « 1. Riconoscere, spiegare e utilizzare il linguaggio economico e il linguaggio giuridico necessari ad ogni cittadino...; 3. Interpretare il testo costituzionale identificando: le radici storiche, le matrici culturali ed i valori ad esse sottesi...; 8. Distinguere tra il valore cogente della norma positiva e la storicità delle soluzioni giuridiche... »; e indicano, tra i « contenuti »: « 1. Origine e funzioni del diritto: istituzioni e norma nell'evoluzione storica della società. 2. Giustizia e diritto. 3. Soggetti, oggetti e relazioni nell'esperienza giuridica. 4. L'affermarsi dei diritti umani... ». Ora, pur concedendo al pomposo ' burocratese ' tutte le attenuanti del caso, è verosimile che al Ministero si pretenda di trasformare i rudi discepoli, mediante poche ore di lezione, in tanti Kelsen e Romano in sedicesimo? Pedestremente suggerivo, quindi, di far emergere tutte queste bellissime cose teoriche dalla lettura critica di documenti legislativi e giudiziari, nonché di brani delle opere dei nostri maggiori giuristi, scegliendo, quanto all'epoca storica, quella affrontata durante l'anno nei corsi d'italiano, o di storia e filosofia. L'esemplificazione che presentavo attraversava varie epoche, ed era una minima campionatura; ciascun insegnante avrebbe potuto — come cercavo di spiegare — ritagliarsi programmi e contenuti a propria misura.

Quelli che hanno preso la parola, nel dibattito seguito all'esposizione, hanno in genere espresso parere negativo, alcuni anche in modo tanto irritante e polemico da giustificare retrospettivamente il « paratus sum ad pugnam » che m'era scappato di bocca a conclusione del mio discorso. Il loro argomento principale era che la storia, in questo campo, è una specie d'accessorio di lusso, di fronte all'esigenza primaria di conoscere il diritto positivo; perdita di tempo, quasi, in una situazione di scarsissima disponibilità di ore d'insegnamento effettivo. Nella mia replica, ho tentato di riferire correttamente sull'attuale stato di crisi del diritto codificato, e sulla connessa esigenza di riportare i ragionamenti alla dimensione storico-filosofica del fenomeno giuridico; ho ribadito la mia convinzione che la storia del diritto intermedio ha ogni titolo per rappresentare l'esperienza giuridica nel suo complesso, specie se chiamata a integrare la formazione scolastica affidata agli studi classici.

Finita la parte ufficiale dell'incontro, sono stato avvicinato da altri professori, voglio credere esponenti della « maggioranza silenziosa » di quell'uditorio, che hanno portato attestati d'approvazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e di conforto verso la proposta: da loro, assicuravano, già da tempo erano stati introdotti nell'insegnamento del diritto e dell'economia ampi riferimenti alle realtà e agli istituti del passato. Dunque il bilancio, a prima vista deficitario e deludente, poteva ritenersi tornato sostanzialmente in pareggio.

Fin qui la cronaca del fatto. Che mi suggerisce un paio di considerazioni, in linea col richiamo — emerso puntuale in qualche intervento ascoltato oggi — a sollecitar affezione nei confronti della nostra disciplina.

Lasciamo pur perdere le varie sperimentazioni escogitate, con alterna lena riformatrice, nelle stanze del contiguo Ministero della Pubblica Istruzione: tuttavia la preparazione dei futuri docenti della scuola media è anche affar nostro, e proprio in vista di tale compito sarà bene adoperarsi per favorire e incrementare la presenza della storia del diritto medievale e moderno nelle Facoltà di Scienze Politiche, di Lettere e Storia, magari di Economia e Commercio e altre. E in secondo luogo: negli ormai ponderosi manuali di storia per le superiori, almeno la scelta e il commento dei documenti di corredo — di cui talvolta sono ricchissmi — dovrebbe venir curata dagli storici del diritto, in maniera ovviamente consona ai loro interessi ed esperienze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI SANTINI

Volevo segnalare una cosa che molti di voi avranno già visto: sull'ultimo numero della 'Revue historique de droit français et étranger' c'è un articolo che riguarda: « La naissance d'un nouveau domaine de recherche, l'histoire du droit européen » di Schulze. Ora, questo articolo, letto in controluce, insegna effettivamente molte cose, soprattutto letto dal punto di vista italiano, cioè questo autore — riassumo molto velocemente per chi non l'ha visto — sostiene che la storia del diritto europeo è nata in Germania con la *Europäische Privatrechtsgeschichte*, dimenticando completamente che in realtà una storia del diritto europeo ha cominciato a nascere in Italia molti anni fa, quando per esempio Cannata scriveva il suo trattato, oppure anche Cavanna, ecc., o quando De Vergottini parlava dell'esperienza di Mitteis, di Mayer, e cioè, in sostanza, la storia del diritto pubblico ha già assunto da tempo in Italia una dimensione europea.

All'interno di questo problema, io ho una prima proposta operativa, che è questa: mi pare che la cosa più urgente sia completare lo « Ius romanum Medii Aevi », anche se, ovviamente, oggi lo faremmo in maniera diversa; però quella è già una impresa editoriale tra l'altro con le radici in Italia, e mi pare che forse valga la pena di ricostituire il comitato, che credo fosse presieduto da Genzmer, e poi ci fosse Nicolini, perché, completando quella visuale, noi intanto avremmo un « manuale di storia del diritto europeo » scritto a più mani.

Del resto voi tutti saprete che fuori d'Italia stanno già nascendo dei « manuali di storia del diritto europeo », non solo quello, per esempio, di Coing, ma mi risulta che, per esempio, anche a Clermont Ferrand, Coriat sta preparando una « histoire du droit européen », cioè, in sostanza, nascono delle iniziative che, a mio avviso, a livello individuale sono impossibili, perché non credo che qualcuno sia in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grado di fare una storia del diritto europeo a due mani. Credo invece ad una operazione d'*équipe*, — essendo questa già partita con buoni risultati, — e intanto ci fornirebbe uno strumento di lavoro meraviglioso, su cui costruire appunto una parte dei nostri corsi, che, secondo me, inevitabilmente, in futuro dovranno contenere una prospettiva europea, qualcosa come una storia delle istituzioni europee, perché noi non potremo laureare delle persone le quali al di là del Brennero non hanno un'idea di cosa sono le partizioni storiche, e anche del passato giuridico di questi paesi, quindi almeno una « parte speciale » dei corsi a dimensione europea mi sembra una esigenza importante.

Poi qui il richiamo è alla concretezza: effettivamente questa è una splendida occasione per fare una commissione, un comitato, qualche cosa che finalmente ci dia una manualistica di cui abbiamo un bisogno straordinario, quindi le cose veramente stupende e stimolanti, che abbiamo sentito, bisogna che si concludano, se non oggi, domani, con qualche cosa di operativo: che qualcuno — ovviamente i più anziani, i più autorevoli — tenti di ricostruire una manualistica di cui abbiamo un estremo bisogno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LA STORIA DEL DIRITTO E I SUOI DIVERSI DESTINATARI

Presiede:
Michele Scudiero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHELE SCUDIERO

Sono io che debbo ringraziare l'amico Paolo Grossi per l'onore altissimo, sinceramente avvertito, dell'invito a partecipare a questo incontro importante sia per l'autorevolezza dei relatori e degli studiosi tutti convenuti, sia per lo spessore del tema.

Ho con Paolo Grossi un sodalizio antico: da quando, spaurito assistente, era il 1964, sono andato a svolgere la mia attività presso l'Università di Macerata.

Trovai qui nel giovanissimo ma già autorevole professor Paolo Grossi un riferimento immediato, affettuoso, e un incoraggiamento forte, che poi è continuato nel tempo: questa occasione ne è rinnovata testimonianza. Perciò, accanto al motivo centrale di partecipazione, che è l'essere chiamati tutti a riflettere sul tema delle discipline storiche, c'è un motivo particolare che è il ritrovarmi qui con lui. Debbo aggiungere: non soltanto con lui. Ho incontrato qui molti colleghi del tempo maceratese, quando le università avevano la caratteristica di essere crocevia delle scuole nazionali.

Nell'Università di Macerata confluivano la scuola fiorentina, la scuola romana, la scuola patavina, quella di Napoli; e ci si ritrovava con i colleghi delle altre discipline provenienti da varie sedi. Mi si consenta qui di salutare Francesco Romano, che conobbi giovanissimo professore di Istituzioni di diritto privato, e che poi ha portato in alto la sua vocazione e la sua passione.

Non interverrò sui contenuti e sul metodo di elaborazione della storia del diritto, di fronte a tanta autorevolezza di maestri. Desidero svolgere invece qualche notazione circa il ruolo degli studi storico-giuridici nei processi formativi dell'Università.

Oggi siamo davvero ad un passaggio nodale. L'ambiente diverso nel quale l'Università degli anni duemila è chiamata ad operare, il maturare di prospettive d'integrazione sovranazionale, comportano una richiesta formativa nuova e diversa. A questa richiesta si pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pone di dare risposta, tra l'altro, l'istituzione del diploma universitario, diploma rispetto al quale bisogna valutare quale ingresso e quale cittadinanza debbano assumervi gli studi storico-giuridici.

Vi è già una larga fioritura di ordinamenti di diplomi universitari in aree disciplinari diverse da quella giuridica.

Il Consiglio Universitario Nazionale ne ha già approvato circa 70. Prevalentemente appartengono alla facoltà di ingegneria, sono ben 13; gli altri, alle facoltà di veterinaria, agraria, medicina, economia e commercio, sociologia. percorsi formativi nuovi, nei quali si rispecchia una domanda di formazione nuova, più articolata.

Ma in tema di percorsi formativi bisogna pure considerare il riordino degli studi giuridici in genere, la cosiddetta tabella. Invero la legge recente sugli ordinamenti didattici, la legge 341 del '90, impone, assegnando un termine biennale, di procedere all'aggiornamento di tutte le tabelle, e indica i criteri.

La previsione di legge muove dalla fondata esigenza di riconsiderare i percorsi formativi universitari.

In questo quadro non c'è dubbio che un punto di rilievo sia costituito proprio dalla collocazione che devono avere gli studi storici nell'ordinamento degli studi giuridici. Nel giugno di quest'anno, in un convegno svoltosi ad Anacapri, è stato considerato il significato che può conservare la filosofia del diritto.

Mi pare appropriato che si faccia ora una riflessione anche sulle discipline storico-giuridiche, che concorrono di certo ad apprestare l'architrave dello spessore culturale degli studi giuridici, ma che pure vanno resi funzionali rispetto alle responsabilità di formazione adeguata ai tempi che l'Università deve assolvere.

Questo convegno, dunque, oltre a consentire una riflessione di carattere generale sulla storia del diritto con il contributo di così autorevoli interventi, cade a proposito anche in rapporto all'esigenza, che sale dalla società, di rimodulare i percorsi formativi universitari.

È noto che, attualmente, è all'opera una Commissione insediata dal Ministro della Università e della ricerca scientifica, di cui Paolo Grossi è autorevole componente, con il compito appunto di considerare il riordino della tabella degli studi giuridici.

Di questa commissione fanno parte, oltre che maestri riconosciuti del diritto, anche espressioni delle professioni giuridiche:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistrati ordinari, magistrati amministrativi, notai, avvocati. Un'apertura alla società che il legislatore del 1990 ha per altro voluto, quando ha previsto che, per la formazione degli ordinamenti didattici, un passaggio procedurale essenziale sia costituito dall'acquisizione dei pareri degli ordini e dei collegi professionali.

Ecco, allora mi predispongo a seguire con voi i lavori del Convegno con un'attenzione che vuole cogliere elementi significativi e proficui per quest'opera di riconsiderazione, scevra da patriottismi di settore, del ruolo delle discipline storiche nel nuovo contesto proposto dalla legge per la riforma degli ordinamenti didattici.

Mi scuso del tempo che vi ho sottratto. Diamo subito inizio ai lavori. Invito a tenere le relazioni per la storia del diritto nelle facoltà di giurisprudenza i colleghi Natalino Irti e Gustavo Zagrebelsky.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LA STORIA DEL DIRITTO E I SUOI DIVERSI DESTINATARI

La storia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza

Testimonianze di:

Natalino Irti
Gustavo Zagrebelsky

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NATALINO IRTI

1. Paolo Grossi ci ha chiamati — con l'autorità dell'amicizia — a rendere una testimonianza. Quindi, non tanto (o non solo) a svolgere riflessioni teoriche, quanto a narrare una individuale esperienza. Mi proverò in questo còmpito, tenendomi lontano da scelte di principio e da toni troppo intimistici ed autobiografici.

Negli studî giuridici, quali si praticavano nella Facoltà romana a metà degli anni Cinquanta, noi allievi scorgevamo nettamente (con spontanea ed inconsapevole perentorietà) la divisione tra discipline positive e discipline storiche. Vi prego di cogliere la parola usata: 'positive', perché quelle discipline, o 'materie d'esame', si presentavano costruite sul diritto vigente, emanato dal legislatore statale, fermo e indiscutibile. La 'positività' era propriamente riferita alle norme, all'oggetto delle singole partizioni didattiche. Il diritto era risolto nelle norme statali, e queste assunte come oggetto — *unico ed esclusivo oggetto* — delle scienze giuridiche.

Vi erano certo — nell'aria che tutte respiravano — sfumature di metodo, caratteristiche di stile, diversità di accenti. Si passava, così, dal kelsenismo di Gaetano Morelli, erede della rigorosa tradizione del diritto internazionale, al più agile positivismo di Francesco Santoro-Passarelli , il quale schiudeva agli allievi, pur nel serrato circuito delle definizioni, il paesaggio dei gruppi intermedi e dell'autonomia collettiva. Si trascorreva dal processualista Antonio Segni, strenuamente ligio alla scuola chiovendiana, fino a Tullio Ascarelli, positivista anch'egli, ma turgido di umori sociologici ed economici. Come il nostro Paese viveva gli anni operosi della 'ricostruzione' e dell'espansione industriale; e il governo riposava sulla stabilità di maggioranze parlamentari, nate fin dal 1947; così le scienze giuridiche offrivano, almeno in superficie, un quadro unitario e sereno. Qualche inquietudine, qualche avventura in territorî contigui; ma, poi, la cultura positivistica riconduceva tutto nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio ordine. Le discipline storiche allora ci apparivano lontane ed estranee: si rendeva bensì onore alla 'continuità' tra diritto romano e diritto civile moderno, ma in modi estrinseci e descrittivi (basterà qui ricordare, a titolo d'esempio, il paragrafo romanistico, che, nelle 'Istituzioni' dei De Ruggiero-Maroi, suole precedere la spiegazione delle norme vigenti).

Ho indugiato in questa pagina autobiografica, per segnalare due voci ardite e dissonanti, che rompevano le rigide frontiere tra le une e le altre discipline, e gettavano nel dubbio la docile pigrizia degli allievi. Mi riferisco ai corsi di lezioni: l'uno, positivo, di Emilio Betti; l'altro, storico, di Francesco Calasso. Betti, il mio primo e venerato maestro, risaliva, per così dire, dall'oggi all'ieri, dal presente al passato. Fedele al manifesto metodologico, enunciato fin dal 1927, Betti guardava la storia del diritto con gli occhi del giurista, muoveva incontro all'oggetto del passato con le categorie tecniche del presente: « ... solo un intelletto di giurista — aveva solennemente dichiarato nella prolusione romana del 1948 —, cui siano familiari gli schemi concettuali della dogmatica, è in grado di proporsi i problemi di formazione degli istituti e principii giuridici ... ». Storia e dogma (quel dogma, che trasmette, nella scienza secolare e mondana del diritto, l'eredità della teologia cristiana) sembravano pacificarsi: se la storia del diritto è storia di problemi tecnici, incessantemente risolti e riaperti nel corso del tempo, allora le discipline positive sono, insieme, un *risultato* di quella storia ed uno *strumento* indispensabile per conoscerla e ricostruirla. La continuità storica s'identifica (o tende a identificarsi) con la continuità dei problemi tecnici. Donde la simiglianza, ragionata dal Croce proprio in adesione al metodo bettiano, tra dogmatica e poetica: la quale ultima è bensì « semplice lavoro astrattivo e classificatorio », e foggia tipi e modelli delle varie poesie, ma può servire, appunto, per lodarne e raccomandarne talune specie, o biasimarne e deprecarne altre.

Dal suo lato, Francesco Calasso, dettando un corso di storia del diritto italiano intorno al negozio giuridico, e quindi togliendo per materia storiografica proprio l'istituto più raffinato e generale delle discipline positive, il dogma per eccellenza fra ogni altro, sopprimeva, anch'egli, le frontiere tra i due campi. Calasso (mi giovo ancora di una metafora semplificatrice) scendeva dall'ieri all'oggi, dal diritto comune verso il diritto moderno: nel segno, non già di un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema tecnico, ma di una più vasta e ricca 'esperienza giuridica'. Se l'orientamento del Betti era di *dogmatizzare la storia*, quello di Calasso era di *storicizzare il dogma*. Il negozio giuridico veniva immerso dal Calasso dentro il laboratorio della vita: dove confluiscono atti di privati, pensiero di dottori, comandi di autorità pubbliche. Non più dogma, definito tra gli altri con precisione di contorni e peculiarità di caratteri, il negozio finiva per designare il mutevole rapporto tra volontà privata e ordinamento giuridico: ciò che guadagnava in ricchezza di orizzonti, perdeva in sobrietà e rigore logico.

Ci congedammo dalle aule universitarie con un senso d'insoddisfazione, con un'acuta ed irrisolta domanda, che doveva accompagnarci in lunghi anni. Non solo perché i corsi storici si affacciavano appena alle soglie dell'età moderna, e così lasciavano un vuoto di secoli, un cieco intervallo tra il passato e la materia delle discipline positive, quanto perché la storia del diritto ci apparve stretta in *un'alternativa esistenziale*. Dapprima appena intravveduta, poi trovata lucida e netta in memorabili pagine di Bruno Paradisi: di dissolversi, essa storia giuridica, o nel mero svolgimento di categorie tecniche, in una « dogmatica distribuita nel tempo » (sono, appunto, parole del Paradisi); o di perdersi nella storia generale, politica o etico-politica che si voglia. E non era soltanto dubbio di profani, se Arnaldo Momigliano, in un discorso congressuale del 1960 (che di lì a qualche anno Paolo Grossi avrebbe bollato di spocchia e di alterigia scientifica), se il Momigliano proclamava la fine di ogni « distinzione tra la storia degli storici e la storia dei giuristi ». La tecnicità del dogma sembrava rifiutare l'orizzonte storico; e questo, a sua volta, disperdere o stravolgere l'incisiva perfezione degli schemi tecnici. Qualche costo, insomma, bisognava pagare: come in tutte le transazioni, anche teoriche e concettuali.

2. Trentacinque e più anni non sono passati invano. È appena il caso di richiamare alla memoria come, nella storia complessiva d'Italia, la stabilità dei governi moderati cedesse nel 1962 all'esperienza di 'centro-sinistra', e quale eco ne venisse agli studî giuridici, dischiusi ormai ad intensi rapporti con la politica legislativa e con la sociologia; e come le confuse o torbide ideologie del '68, negando il carattere neutrale di tutte le scienze, immergessero anche il diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel cerchio totalitario della politicità. Di qui i dibattiti sul metodo, la critica del rigido positivismo, e quell'assiduo interrogarsi della scienza giuridica su sé stessa, che sfociò inevitabilmente nella ricerca storica. Così, nei primi anni settanta, gli studiosi di diritto, pubblico e privato, si fecero storici delle loro discipline, ne ripercorsero le fasi salienti, ne scoprirono e disegnarono le figure più alte. Gli storici del diritto ci vennero incontro, con solidale ed avvertita sensibilità: come testimonia, a tacer d'altro, la fondazione dei '*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*', risalente al 1972. Il nuovo e fresco storicismo conferiva alla dottrina, alle forme ed agli stili del pensiero giuridico, una netta *autonomia* nei confronti del legiferare e del decidere, della norma e della sentenza: di quei fenomeni, insomma, ai quali la dottrina era a lungo rimasta piegata con funzione ausiliare e servile. Questo movimento di studî — che, con esemplare scrupolo filologico, ha individuato nuove fonti (dalle riviste alle 'note a sentenza', dalle prolusioni accademiche alle pagine d'occasione), e tracciato insoliti itinerarî di dottrina —, questo movimento ha lasciato, e lascia, timidi segni nei corsi e programmi universitarî.

Nello stesso torno di anni o giù di lì, un analogo incontro — tra studî positivi e storia del diritto — si registrò sul tema della codificazione, o, come pur si disse, dalla decodificazione. Interrogandosi, gli studiosi del diritto privato, circa il rapporto tra codice civile e leggi speciali, volte ormai a costituirsi in micro-sistemi, dotati di proprî principî e di peculiari linguaggî o gerghi di settore; indagando, gli storici del diritto (massime, il Bonini, il Ghisalberti e il Padoa Schioppa), lo sviluppo dei codici, civile e commerciale, dal tronco napoleonico fino al travaglio unitario del secolo scorso ed alla riforma fascistica del 1942. Non saprei dire quale traccia questo movimento di studî abbia lasciato nelle nostre Facoltà; ma inclinerei anche qui ad una valutazione limitativa ed episodica.

Il dibattito sul codice civile e le leggi speciali lasciava già intravedere un problema, che, fattosi negli anni più aspro e profondo, è ormai nel cuore di ogni riflessione giuridica. Il problema del *rapporto tra diritto e potere*. Anche qui vorrete consentirmi uno sguardo al nostro Paese: che oggi, non solo vede declino dei vecchi partiti e sfiducia nelle pubbliche istituzioni e dominio della criminalità in parti non esigue del territorio, ma sembra smarrire il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio di legittimazione del proprio diritto. È contestata la genesi ideale della Repubblica, e messo in dubbio il mito collettivo della Resistenza; si studiano e propongono riforme della Costituzione del 1948; l'unità nazionale, cioè la nostra storia come *storia di uno Stato*, è tema di dissenso e di controversia.

Il giurista non può osservare questi fatti, così densi ed inattesi, con la serenità dello spettatore. Egli è dentro le cose, che escono da un ordine e cercano dolorosamente un altro e nuovo ordine. Quasi attraversando i tre tipi di pensiero giuridico, indicati da Carl Schmitt nelle celebri pagine del 1934, lo studioso di diritto trascorre dalla norma all'ordinamento, e da questo al principio costitutivo: a quel fatto primigenio della politica, che fonda e sorregge il sistema delle norme. La singola norma, fragile e solitaria, chiede sostegno all'unità dell'ordinamento (e così, risalendo nella gerarchia, ai principî rigidi della Costituzione); ma, dal suo canto, l'ordinamento — che è un sistema di norme valide — *si volge dietro di sé*, e chiede sostegno ai fatti, alle originarie fonti della propria legittimazione. Noi siamo a questo punto, a questa estrema domanda, che il diritto oggettivo solleva sulla propria stessa esistenza. Qual è il fatto politico — o, se si vuole, la decisione originaria e costitutiva — , su cui si appoggia il nostro diritto? Dove e come si ricostituisce l'elementare relazione tra protezione e obbedienza? Questi interrogativi pervadono tutte le discipline positive, ora più limpidi e scoperti (come nel diritto pubblico), ora più discreti e sotterranei (come nel privato). Intorno ad essi va costruito il dialogo tra giuristi positivi, storici del diritto, e filosofi della politica. Fin da un congresso internazionale del 1980, aperto con uno splendido discorso di Bruno Paradisi, gli storici del diritto hanno affrontato il rapporto tra diritto e potere. Dalla scuola fiorentina di Paolo Grossi, e da singoli studiosi, sono giunti contributi cospicui, in cui — per quel che a me sembra — la storia della dottrina giuridica (in ispecie, pubblicistica) si è a mano a mano dilatata o intrecciata con la storia delle teorie politiche e delle forme statali.

Il problema della storia del diritto nelle Facoltà di giurisprudenza è anch'esso un *problema storico*, e, di tempo in tempo, trova risposta nella situazione politica, nella stabilità o precarietà dei poteri pubblici, nel grado di autosufficienza del diritto positivo. Quando le norme statali sono sicure ed orgogliose di sé, e stabili-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scono l'ordine concreto delle relazioni umane; quando, cioè, sono insieme giuridicamente valide e socialmente efficaci; allora la storia del diritto — e lo accennavo nel ricordo degli anni universitarî — può apparire lontana ed estranea. Ma quando, come è nel nostro tempo, quella superba autosufficienza declina, e il diritto muove in cerca delle proprie fondazioni politiche, allora la storia ci è necessaria e indispensabile. Oggi viviamo in un presente, che già vediamo come il nostro passato. Non ci basta più la storia del diritto come storia di dogmi ed istituti, né come storia di un'esperienza, inafferrabile nel contenuto ed incerta nei confini: ci gioverà (dico: gioverà anche a noi, studiosi di discipline privatistiche) una storia del diritto, che — come ha avvertito Otto Brunner — raccolga, intorno alla figura dello Stato, i problemi dell'unità politica e dell'ordine sociale. Dietro l'immagine tecnica degli studiosi di diritto, si levano prepotenti le domande del cittadino. In soccorso di queste domande, attendiamo gli storici del diritto.

Chiudendo la mia 'testimonianza', torno alla distinzione tra discipline positive e discipline storiche. La *positività* non è più il terreno stabile e fermo, che rasserenava gli allievi dei lontani anni Cinquanta. La storia del diritto si è fatta *interna* al diritto positivo: il quale — muovendo in cerca dei propri fondamenti, della propria concreta legittimazione — ne avverte il bisogno e la necessità. ln un'acuta pagina di Adriano Cavanna, ho letto che la storia del diritto risponde al quesito: 'chi è il giurista?'; e le discipline positive, all'altro 'che cos'è il diritto?'. Credo che, oggi, storici e giuristi positivi siano chiamati dinanzi all'originario ed immane interrogativo: 'dove, e perché, è il diritto, il determinato e reale diritto del nostro Stato?'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GUSTAVO ZAGREBELSKY

1. Può il nostro tempo essere quello di un'unione costruttiva di storia e diritto costituzionale?

Si può andare al di là di generiche e stanche ripetizioni di formule di senso comune, come la storia « scienza ausiliaria » del diritto costituzionale? si può pretendere qualcosa di più impegnativo che non una generica « sensibilità storica » negli studi costituzionali? in particolare, si può sperare che l'immancabile « parte storica » dei libri di diritto sia qualcosa di diverso dal tributo a un canone della letteratura giuridica, e che il riferimento a eventi del passato sia qualcosa d'altro che una civetteria? in breve, si può dare alla storia un posto e un significato di ordine metodologico? (1).

L'odierno diritto della costituzione è visibilmente rinunciatario rispetto al principale dei suoi compiti. Invece di tentare sintesi storico-culturali dell'epoca costituzionale presente come base di elaborazioni aperte all'avvenire, il massimo delle sue aspirazioni è di proporsi come prontuario di soluzioni inevitabilmente rivolte all'indietro. Così il diritto costituzionale finisce per configurarsi come una continua ricerca di mezzi di emergenza, perennemente ritardataria e necessariamente strumentalizzabile e strumentalizzata politicamente. In questo modo, il diritto costituzionale si accontenta di essere costantemente surclassato dalla storia e dalla politica, invece di almeno tentare di diventare forza autonomamente costitutiva tanto dell'una quanto dell'altra.

Forse, le domande che si sono poste all'inizio possono essere di aiuto per andare oltre questa generica espressione di insoddisfa-

(1) Rispetto a questi interrogativi, lo scritto qui presentato non rappresenta altro, prima di tutto agli occhi dell'autore, che un abbozzo di risposta, dai molti approfondimenti, completamenti e controlli ancora da compiere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione. Il positivismo acritico le aveva annullate, ma oggi si ripropongono con rinnovata forza e freschezza di prospettive.

2. La questione da esaminare è caratterizzata anch'essa in senso storico, come tutti i problemi di metodo delle scienze sociali. Le risposte non si prestano a valere indifferentemente in ogni tempo e in ogni luogo. Esse dipendono, finalmente, da due fattori intrecciati tra loro, entrambi inseriti nella relatività dell'esperienza storica: *le caratteristiche dell'oggetto* — la costituzione — e i *compiti della scienza* — il diritto costituzionale — relativamente a quell'oggetto (2).

Del fatto che la costituzione, non solo per i suoi contenuti ma soprattutto per le sue concezioni, sia pienamente inserita nella mutevolezza della storia, non è nemmeno il caso di dire. Ma la stessa cosa vale anche per il diritto costituzionale, in quanto si concordi nell'annoverarlo tra le « scienze pratiche », al pari di tutte le scienze giuridiche.

Poichè la costituzione dipende anche dal diritto costituzionale come scienza, poichè in questo campo la riflessione scientifica contribuisce a determinare il suo oggetto, qui non è questione di mera « conoscenza » ma di « comprensione » e il carattere di ciò che si denomina comprensione è precisamente una partecipazione alla costruzione di ciò che è da comprendere. I fini e i modi di questa partecipazione mutano perciò a seconda di ciò che i costituzionalisti percepiscono come proprio compito e come senso del loro agire. Il presupposto necessario per qualunque comprensione di diritto costituzionale è perciò la risposta a domande del tipo: « a che vale, qui e ora, una costituzione? », « a che, un diritto costituzionale? ».

Le scienze puramente speculative (indipendentemente dalla questione di quali siano e, ancor prima, se ve ne siano) si pongono in posizione riflessiva di fronte a un oggetto a loro estraneo e sono quindi esonerate da un problema del genere. Per esse si tratta di conoscere, non di comprendere. Per il diritto non è così. La scienza giuridica è continuamente sollecitata sul terreno della identificazione di sé attraverso i propri compiti e il proprio senso. In questo modo,

---

(2) In argomento, le considerazioni generali di R. ORESTANO, *Metodologia e diritto* (1952), ora in *Diritto - Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 159 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essa è attratta al mondo della variabilità e viene posta di fronte alla responsabilità di dare risposte storicamente adeguate — che cosa questa espressione significhi, è altra questione — ai problemi che le si vengono ponendo.

3. L'orientamento delle considerazioni che seguono può essere determinato a partire dall'esigenza oggi fortemente avvertita di rendersi consapevoli del presupposto o del fondamento del diritto costituzionale.

Le concezioni positivistiche del diritto, in tutte le loro diverse manifestazioni (legalistiche, storicistiche, statalistiche, istituzionalistiche, ecc.), rifiutano come « non giuridica » una simile esigenza. Esse assumono il diritto in genere e il diritto costituzionale in specie come un dato in sé: il diritto è quello che è. Che cosa sia, è altra questione. Quello che unifica tutte queste posizioni è l'idea del diritto come di una realtà che richiede semplicemente di essere conosciuta, di essere dalla scienza semplicemente rispecchiata.

È importante notare che, in questo modo, il positivismo giuridico elide le domande che vogliano gettare luce su quanto sta prima del diritto e diviene la concezione della « spoliticizzazione » e della tecnicizzazione di una scienza del diritto, privata della possibilità di comprensione dei fondamenti. In ciò sta la negazione del carattere « pratico » della scienza del diritto positivistica e da ciò può nascere il pericolo dell'isolamento di una scienza che giri a vuoto o, peggio, che abbia perso il senso della sua azione.

Ma il prendere il diritto « così com'è » e l'ignorarne i presupposti è una pretesa possibile solo a condizione che il diritto possa fondarsi sulla sovranità di un'autorità indiscussa (di un legislatore, della storia, dello Stato, dell'istituzione, ecc.) che, con un atto di forza (non di convincimento), faccia da schermo a ogni ricerca al di là di essa. In tal caso, i presupposti possono ridursi fino ad annullarsi in una norma ipotetica e tautologica di mera competenza, una norma del tipo: obbedienza piena e cieca è dovuta a questa o a quella autorità normativa.

Un positivismo giuridico di questo tipo che annulli l'esigenza di conoscere e discutere i fondamenti e, conseguentemente, l'attribuzione alla scienza del diritto di un compito meramente conoscitivo di un diritto che sia ciò che positivamente è, in ogni caso è possibile

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo a condizione che storicamente valga la sua premessa: un'autorità sovrana, fonte esclusiva del diritto. Ma queste pretese sono destinate a svuotarsi di senso in tutte le circostanze storiche di disfacimento o di appannamento della sovranità.

Da queste sintetiche osservazioni, deriva la domanda che riguarda l'epoca nostra: se un positivismo che abbia radiato dal suo orizzonte l'interesse per i fondamenti sia attualmente possibile (3) e, in caso contrario, quale posizione debbano assumere nella trattazione scientifica del diritto le discipline che il positivismo giuridico aveva o annullato o messe in secondo o terzo piano, in quanto « eterogenee ». E tra queste, naturalmente, la storia.

Ma, ad avvicinarci a una risposta, può aiutare qualche considerazione su storia e costituzione nelle epoche costituzionali che hanno preceduto la nostra.

4. « Storicamente » si possono persino determinare le condizioni per la negazione radicale di significato alla storia, come fattore di comprensione del diritto. Con le precisazioni che seguono, è quanto avvenuto, riguardo alla costituzione, nel momento della nascita della corrispondente disciplina giuridica, al tempo della elaborazione delle prime carte costituzionali in senso moderno.

Il diritto costituzionale, come scienza giuridica applicata a un testo, cioè a una costituzione scritta — secondo la sua vocazione da due secoli a questa parte — è fondamentalmente indifferente, se non addirittura ostile, all'apporto della storia alla comprensione del suo oggetto. Si può anzi aggiungere che, se una sensibilità storica si manifesta — quale che sia il modo e l'intensità di questa manifestazione —, ciò avviene nella stessa misura nella quale si attenua il

(3) In argomento, relativamente al potere costituente come fondamento, E.-W. BOCKENFORDE, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (1986), ora in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, 91, nonchè W. HENKE, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes in Lehre und Wirklichkeit*, in *Der Staat*, 1968, 171 e ID., *Staatsrecht, Politik und verfassunggebende Gewalt, ivi*, 1980, 194 ss. (da considerare anche come esposizione ragionata delle concezioni tedesche del potere costituente, a partire dalla « traduzione » germanica, cioè statalistica, delle concezioni francesi, operata da E. Zweig, *Die Lehre von Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Mohr, Tübingen, 1909.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valore delle motivazioni culturali e delle premesse teoriche di un diritto costituzionale che scaturisce dalla volontà di un potere sovrano e si affida a un documento. Dal punto di vista di queste motivazioni e premesse, la codificazione dei rapporti civili e la costituzionalizzazione dei rapporti politici si presentano come due aspetti di un medesimo movimento storico (4). Tanto il codice quanto la costituzione rappresentano l'uguale consapevole ascrizione del diritto all'ambito di azione di una e una sola volontà razionalmente e intenzionalmente rivolta contro l'irrazionalità del movimento storico-politico spontaneo, per reprimerne le manifestazioni del passato e prevenirne quelle del futuro.

La formula del giuramento della Pallacorda — « L'Assemblée nationale, *considérant qu'appelée à fixer la Constitution du Royame*, opérer la régénération de l'ordre public, et maintenir les vrais principes de la monarchie... » (5) — è particolarmente chiara nell'esprimere l'aspirazione a un *ordre fixe et invariable*, senza passato e senza futuro, cioè senza storia.

Secondo le premesse del diritto costituzionale codificato in un testo — la costituzione scritta —, il rapporto con la storia costituzionale è di totale separazione, quanto alla rispettiva natura: razionale e volontaria quella del primo, arazionale (se non irrazionale) e involontaria, o « naturale », la seconda. Quanto al compito pratico della costituzione, questo consiste esattamente nello spegnimento delle forze autonome della storia costituzionale e nella loro riduzione a oggetti di una meccanica politica obiettiva. L'improvvisazione della storia — questa è l'aspirazione dei costituenti — ceda allora di fronte alla pianificazione della costituzione, intesa come il copione obbligato per attori che, da allora in poi, non possono più improvvisare ma devono recitare a soggetto.

Quando Madame de Staël (6) contrapponeva la costituzione « antica » a quella « moderna », il riferimento era precisamente al

---

(4) G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, 22-28; C. Ghisalberti, *Le costituzioni « giacobine »* (1796-1799), Milano, Giuffré, 1957, 22.

(5) In L. Duguit-H.Monnier, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, Pichon, 1898, p. V.

(6) *Considérations sur les principaux événemens de la Révolution française*, I, Paris, 1818^2, 143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carattere casuale, non predeterminato, alla fine arbitrario, della prima. La costituzione della monarchia francese si sarebbe formata « attraverso i continui tentativi della nazione e della nobiltà, l'una per ottenere diritti, l'altra privilegi, e gli sforzi di gran parte dei re per imporre il loro potere assoluto ». Il compito « moderno » della costituzione avrebbe dovuto essere per l'appunto di impedire tutto questo, assoggettando le forze concrete particolari a uno schema di rapporti predeterminato.

Secondo questa concezione, la storia costituzionale sarebbe stata la storia di quello schema di organizzazione politica e sociale, non dei rapporti concreti delle forze politiche e sociali. In una parola, la storia costituzionale avrebbe dovuto cedere il passo alla storia delle costituzioni.

5. I riferimenti che precedeno mostrano come, per le concezioni costituzionali della Rivoluzione, in quanto tutte votate a un testo scritto — poichè questo è il punto comune importante —, l'essenziale dell'opera costituente era la sottrazione dei rapporti sociali e politici ai mutevoli rapporti determinati da fattori storici spontanei di trasformazione. L'aspirazione a fissare la materia costituzionale, per impedirne la sottoposizione all'opera corrosiva del tempo, era l'idea di tutti, anche se poi ci si divideva sulla direzione che si dovesse prendere, se si trattasse cioè di un ritorno al passato — una restaurazione — o di una rottura col passato — una rivoluzione —.

Così, tale aspirazione valeva per coloro i quali, volgendosi indietro e richiamandosi alla « ancienne constitution de la Monarchie » e alle sue « lois fondamentales », ritenevano che *rédiger la Constitution* comportasse di ristabilirne e fissarne i caratteri originari, depurandoli dalle incrostazioni e corruzioni che la storia aveva sedimentato su di essa. Questo, per esempio, era il pensiero espresso da M. de Staël nelle sue riflessioni retrospettive sulla Rivoluzione, ma era anche quanto si era tentato di fare nella prima vicenda costituzionale dal *monarchien* Jean-Jacques Mounier, per il quale la costituzione era un « ordre fixe et établi dans la manière de gouverner », secondo lo spirito originario della Monarchia francese (7).

(7) P. Duclos, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris, Dalloz, 1932, 40 ss. V. anche l'uso conservatore di Rousseau, cioè

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma la stessa aspirazione a ciò che è « fisso » e la medesima pretesa di vietare ogni storia costituzionale che non fosse una storia delle costituzioni erano proprie, a maggior ragione, dei « révolutionnaires », cioè di quel gruppo di uomini che, con grande scandalo di Hegel (8), rivolgendosi al futuro, aveva dato « il prodigioso spettacolo di iniziare intieramente daccapo e di trarre dal pensiero la costituzione di un grande Stato effettivo, col sovvertimento di tutto ciò che esiste e che è dato, e di voler porre a base di esso, semplicemente, la pretesa razionalità » (« poichè queste sono soltanto astrazioni prive di Idea — si aggiungeva — esse hanno fatto di questo tentativo l'avvenimento più terribile e crudele »).

Questi rivoluzionari, con la testa ficcata negli « immortali principi », pensavano di sottrarre la costituzione alla necessità storica e di poterla reggere completamente sulle spalle della loro libertà che pone la costituzione, contemplando i veri principi dell'ordine politico. E, siccome gli immortali principi sono anche universali (si pensi a Robespierre e alla sua definizione della *Déclaration* come « constitution de tous les peuples »), l'orientamento stabilizzatore acquista una dimensione non solo temporale ma anche spaziale che non può non sfociare nell'aspirazione alla costituzionalizzazione di un ordine politico mondiale.

L'esercizio della libertà politica — cioè la rivoluzione che dà luogo alla costituzione — avrebbe così dovuto operare una grandiosa sostituzione che avrebbe determinato davvero l'inizio di una nuova epoca: il determinismo naturalistico della storia o, a seconda delle concezioni, il coacervo della casualità irrazionale avrebbero ceduto il campo al volontarismo dell'umanità illuminata. La disumana « necessità storica » o l'altrettanto disumana assenza di senso nelle vicende politiche sarebbero state sostituite dall'umana obbligatorietà giuridico-costituzionale. E, mentre la necessità e la casua-

---

l'interpretazione rousseauviana dell'« antica costituzione » francese (sovranità popolare inalienabile e conseguente imposizione di mandati imperativi ai rappresentanti, legata alla divisione cetuale, separazione tra le funzioni esecutiva e legislativa, sottoposizione del sovrano alla costituzione) di E.L.H. de Laussay d'Antraigues, nel *Mémoire sur les Etats généraux*, esaminato in I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau* (1968), Milano, Feltrinelli, 1972, 228 ss.: un tentativo di rivolgere la Rivoluzione alla Restaurazione dell'autentica monarchia francese.

(8) *Lineamenti di filosofia del diritto*, pt. III, sez. III, § 258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lità storiche avevano prodotti cambiamenti e sconvolgimenti, l'obbligatorietà giuridico-costituzionale avrebbe prodotto fissità dei rapporti costituzionali, almeno finchè fossero rimaste invariate le norme costituzionali che li prevedevano. Questo positivismo costituzionale pretendeva di essere particolarmente rigoroso nelle sue aspirazioni: avrebbe voluto essere, per usare l'espressione di Roman Schnur (9), una « futurologia » che chiude le porte al futuro.

6. Centrale nella concezione rivoluzionaria della costituzione come volontà consegnata a un testo che signoreggia sulla storia costituzionale è il potere costituente, una delle maggiori novità politico-costituzionali dell'epoca moderna (10).

La sua inconciliabilità con la storia costituzionale è evidente.

La storia costituzionale è mutamento, è contingenza politica, è accumulazione di esperienze dal passato al presente, è realtà sociale, è rapporto tra passato e futuro, è movimento di soggetti *a priori* indefinibili, è imprevedibilità di problemi e spontaneità di soluzioni. Al contrario, il potere costituente è fissazione, è assolutizzazione di valori politici, è puro dover essere, è cominciamento *ex novo*, è elisione del passato e riduzione di ogni futuro al presente, è inizialmente accelerazione storica improvvisa e successivamente arresto del movimento, è espressione di un solo soggetto politico, individuato e incondizionato e perciò sovrano (11), è predeterminazione

---

(9) « *La Révolution est finie* ». *Su un dilemma del diritto positivo nella fattispecie del positivismo giuridico borghese, in Rivoluzione e guerra civile*, Milano, Giuffré, 1986, 95.

(10) A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Sugarco, Varese, 1992, 269.

(11) A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., 31 ss.: il potere costituente non è connotato della sovranità. La sovranità è potere « fissato », determinato e per ciò stesso limitato dalla sua stessa istituzionalizzazione. Invece il potere costituente sarebbe « procedura assoluta », come rivoluzione, come costruzione del tempo (non come divisione di un tempo preesistente): « il potere costituente si presenta come distensione rivoluzionaria dell'umana capacità di costruire la storia, come atto fondamentale di innovazione e quindi come procedura assoluta » (p. 34). Ma così il Potere costituente viene indebitamente — almeno agli occhi del costituzionalista — identificato con le forze storiche che costituiscono la premessa per la determinazione di un simile potere. Il movimento è capace di essere costituente solo se è organizzato a questo fine. La massa, la folla, la spontaneità assoluta delle azioni può essere distruttiva di un ordine normativo, ma non è costruttivo di esso, se non è esso stesso ordinato a un'idea, a un programma, in altri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei problemi e pianificazione delle soluzioni. I concetti essenziali della storia costituzionale sono: il lungo periodo, lo sviluppo, la spontaneità e l'ordinarietà, la natura sociale, i vincoli materiali. Del potere costituente, sono: l'immediatezza, il progresso voluto e imposto, l'eccezionalità, l'artificio politico, l'assenza di limiti e confini.

Essendo così, la storia costituzionale è condannata (12). O perchè si pretende addirittura di eliminare il mutamento, oppure perchè ogni mutamento è mutamento della volontà costituente. Nel primo caso, non c'è storia; nel secondo, non c'è storia costituzionale ma solo, come già si è accennato, storia delle costituzioni (cioè storia del potere costituente). La « produttività » costituzionale della storia è oggetto di una grandiosa espropriazione. Nel primo caso, l'espropriazione è per annullarla; nel secondo, per riservarla al potere costituente e metterla in opera alle cadenze opportune, secondo gli intervalli e le epoche che saranno segnate intermittentemente da « nuove » costituzioni.

Consideriamo queste due opposte possibilità.

7. a) Il potere costituente che agisce per l'imposizione della legge di natura nei rapporti politici mira all'eternità della sua opera e quindi all'assoluta fissità costituzionale. Come in tutto ciò che è manifestazione di uno spirito puramente astratto, nella costituzione così concepita non ci può essere cambiamento. Anzi, il cambiamento è visto come un attentato alla costituzione stessa e la pura e semplice proposta di cambiamento può costituire di per sé un delitto capitale.

Nel suo *Code de la nature* (1755) (13), Morelly proponeva pene severissime per quanti, al fine restaurare la proprietà privata, avessero proposto la revisione delle leggi di natura sulla proprietà collettiva. Alla Costituente francese vi fu chi pensava che la revisione costituzionale non solo non dovesse essere ammessa ma addirittura vietata con la minaccia della morte (14). In effetti, l'impossibilità del

---

termini se non si è istituzionalizzato e se, istituzionalizzandosi, non diviene capace di creazione.

(12) W. Leisner, *Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts? Zum Problem des evolutionistischen Denkens im Recht*, in *Der Staat*, 1968, 137 ss.

(13) Paris, Clavreuil, 1950, 323.

(14) V. in P. Colombo, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mutamento del diritto è coerente con la pretesa del legislatore, massimamente del legislatore costituente, di aver posto una legge coincidente con quella di natura (15). Così, quelli che si potrebbero dire i fautori dello Stato e della costituzione definitivi si rivelano pertanto i ' positivisti ' più rigorosi. Infatti, la costituzione in atto è positiva per il momento presente, ma pretende di esserlo anche per ogni momento futuro. Il tempo a venire è come attirato e rattrappito o schiacciato nel momento costituente. Il suo parto, la costituzione, comprende preventivamente tutto il *novus ordo saeclorum*, fissandone una volta per tutte i caratteri fondamentali, cioè costituzionali.

A questo punto, i due concetti di rivoluzione (o di potere costituente, nel senso rivoluzionario) e di costituzione — il secondo figlio del primo — divengono irriducibilmente nemici. O sopravvive la rivoluzione, e con questo la costituzione è contraddetta; oppure sopravvive la costituzione, e allora la rivoluzione è terminata, cioè l'ordine costituzionale è stabilito « à jamais ». Nel 1792, Boissy d'Anglas, scriveva: « Ah, sans doute elle est consommée, cette sublime Révolution, qui rend à l'homme tous ses droits, à la Nation tous ses pouvoirs, au peuple toute sa liberté; c'est pour jamais que les chaînes oppressives, qui ceignaicent cet Empire immense, ont disparu de dessus la terre. Elle s'achevera cette Constitution admirable... elle s'achevera pour substister à jamais, comme la base de notre félicité publique et particulaire » e poi « Toutes les places de la révolution seront fermées... la Constitution seule restéra » (16). Terminare irrevocabilmente la rivoluzione, vuol dire affermare la Costituzione e viceversa.

Del resto, un potere assoluto che, legittimandosi sulla sua essenza di « potere dichiarativo » (la *Déclaration*) della natura delle cose sociali, pretende per sé la perfezione, deve pretendere altresì l'immortalità dell'opera sua. Perfezione e immutabilità stanno insieme. In un contesto di giusnaturalismo razionalistico, la durata era di per sé conseguenza ma anche riprova di quella corrispondenza,

---

nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese, Milano, Giuffré, 1993, 273, la proposta di J.-F. Philippe-Delleville, avanzata dopo che Sieyès aveva illustrato il suo meccanismo di mutamento della Costituzione incentrato sull'iniziativa del *Jury constitutionnaire.*

(15) R. SCHNUR, *op. cit.* 95.

(16) Cit. da P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., 204.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poichè la forza obbligante della legge di natura ha evidentemente carattere eterno.

Solo ciò che è imperfetto muta: o perchè si corrompe o perchè si migliora. L'immutabilità deve essere garantita a ciò che è perfetto, per preservarlo come tale. Ma, a sua volta, l'assenza di mutamento è attestato di perfezione. Su questo punto, è eloquente il mito sei- e soprattutto settecentesco della Cina (17). La costituzione cinese, immobile da quattromila anni (per i più prudenti — Voltaire, negli *Essais sur les moeurs* — da duemilacinquecento), era additata da molti, i fisiocratici in testa, come il simbolo della « celeste » perfezione, come un'opera divina. L'immutabilità era, al tempo stesso, conseguenza e prova della perfezione.

b) Nella concezione radicalmente illuministica, e quindi essenzialmente antistorica, l'immutabilità assoluta della costituzione poteva facilmente rovesciarsi nel suo esatto contrario: nel diritto di ogni generazione di ricominciare completamente da capo nelle cose costituzionali, un diritto inteso come l'espressione della più perfetta concezione politica. La costituzione scritta di matrice giusnaturalistica è infatti all'origine di due tradizioni, un giusnaturalismo di tipo oggettivo la prima, che considera la costituzione un atto di « ricognizione », cioè una *déclaration*; un giusnaturalismo di tipo soggettivo la seconda, che considera la costituzione un atto di imposizione. Nel primo caso, ciò che era « naturale » era una certa disposizione delle cose; nel secondo, il diritto di ciascuno di volere quello che vuole. È qui all'opera la caratteristica rovesciabilità del giusnaturalismo: dall'oggettivismo della verità al soggettivismo della volontà.

Questa versione soggettiva della « naturalità » della costituzione può esprimersi attraverso il famoso principio di Thomas Jefferson: « the earth belongs to the living » (18). Questo principio trovava un'importante applicazione alle leggi e alla costituzione e ne condannava la fissità, come potenziale oppressione dei morti sui vivi.

---

(17) E. Garin (1971), in S. Zoli, *La Cina e la cultura italiana dal '500 al '700*, Bologna, Patròn, 1973, 53 ss.: « Se gli uomini del XVI secolo hanno scoperto l'America, quelli del XVIII hanno avuto la ventura di scoprire la Cina ». Sull'idealizzazione della Cina in Europa nel '6-'700, A. O. Lovejoy, *L'origine cinese di un Romanticismo*, in *L'albero della conoscenza*, Bologna, Il Mulino, 1982, 139 ss.

(18) In argomento, A. Koch, *Jefferson and Madison. The Great Collaboration*, Oxford Univ. Press, New York, 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nessuna legge e nessuna costituzione sono così sacre da non poter essere cambiate. Poichè ogni generazione è indipendente da quella che la precede, ognuna può utilizzare come meglio crede, durante il proprio « usufrutto », i beni di questo mondo e, tra questi, anche le leggi e le costituzioni. Ciascun uomo, essendo padrone della propria persona, ha il diritto di decidere in generale di governarla come meglio crede. Per questo le leggi e la costituzione possono essere mantenute in vita solo durante la generazione che le ha fatte. Se avessero da durare più a lungo, ciò sarebbe un atto di forza, non di diritto, perchè la generazione precedente opprimerebbe la successiva ([19]).

([19]) Posto il principio che « la terra appartiene alla generazione vivente », era importante per Jefferson determinare la durata della vita di una generazione. Per questo, prese in considerazione le leggi della mortalità, servendosi delle tavole di Buffon (su cui: L. SPALLANZANI, *Saggio sul sistema della generazione*, Bari, Soc. ed. barese, 1914), compilate in base all'esame di 23994 morti, e su questa base formulò due modelli:

a) assumendo che ogni generazione entri e esca di scena lo stesso giorno, rilevò che un'intera generazione nata lo stesso giorno, muore mediamente 34 anni dopo il raggiungimento della maggiore età. A quel punto entra sulla scena politica la nuova generazione;

b) considerando che gli uomini nascono e muoiono non a comando ma continuamente, ritenne che fosse statisticamente ragionevole pensare che di tutte le persone di qualsiasi età viventi in un dato momento, metà sarebbe morta entro 34 anni e 8 mesi. Bisognava però trascurare i minori, in quanto non esercitano diritti politici. E allora Jefferson considerò che metà degli adulti — i quali hanno il potere di autogovernarsi e costituiscono la maggioranza dei votanti — sarebbe morta entro 18 anni e 8 mesi, o 19 anni. Alla fine del « diciannovennio », venendo meno la maggioranza della generazione che aveva fatto la costituzione vigente, non ci sarebbe più alcuna ragione per mantenerla in vigore. Oltre quella data, quella costituzione sarebbe diventata un'imposizione.

Con questi modelli molto ingenui, Jefferson manifestò le sue tendenze sperimentali in filosofia politica e il suo tentativo di collegare principi qualitativi con dimostrazioni quantitative. La proposta, in ogni caso, non era ben fondata, nemmeno dal punto di vista di chi la formulava. Anche nel secondo modello c'è sempre l'idea dello sviluppo dell'umanità per schiere compatte di individui che si susseguono con discontinuità e che sono ammesse sulla scena della storia dalla legge della vita e della morte. Si è qui in presenza di un « individualismo generazionale » che è una estrema e grottesca conseguenza dell'individualismo in generale.

Jefferson stesso, nel raccomandare la sua proposta a Madison (sulla cui reazione, infra, § 8, sembrò rendersi conto di quel che stava proponendo, scusandosi per ciò « di cui a prima vista si sarebbe potuto ridere come di un sogno teorico ». Insistette tuttavia, convinto che un esame approfondito avrebbe dimostrato la sua proposta « solida » e « vitale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il principio di Jefferson, che egli cercò di sostenere invocando l'aiuto di Madison, si trova rispecchiato non nella Costituzione americana ma in alcune elaborazioni costituzionali francesi, più manifestamente segnate dall'idea dell'assolutezza del potere costituente, come atto di volontà sovrana.

Nel *Plan de Constitution* presentato dai Girondini alla Convenzione Nazionale il 15-16 febbraio 1791, l' art. 33 della *Déclaration* dei diritti affermava — con le stesse parole di Jefferson — che « un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer, et de changer sa constitution. Une génération n'a pas le droit d'assujetir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les fonctions est absurde et tyrannique ». E nel Titolo IX della Costituzione (*Des Conventions nationales*) si prevedevano le procedure della revisione, basate sull'intervento diretto del popolo secondo forme speciali, piuttosto orientate a consentire che a impedire il mutamento. Tra queste, particolarmente significativa dal punto di vista del succedersi delle generazioni era la convocazione obbligatoria di una Convenzione nazionale a scadenza ventennale (20).

Anche l'art. 28 della *Déclaration* del 24 giugno 1793, premessa alla Costituzione giacobina, ribadiva a sua volta, quasi alla lettera, il diritto di ogni generazione di non sottostare alla volontà dei progenitori e perciò di « ricominciare da capo » quando avesse voluto. E, anche qui, per mettere in opera il cambiamento si prevedeva una procedura comprendente l'azione diretta del popolo (quanto intenzionalmente funzionale al mutamento oppure alla conservazione, è altra questione) (21).

---

(20) Decorsi venti anni dalla data di adozione della Costituzione, il « corpo legislativo » (il parlamento ordinario) sarebbe stato tenuto a convocare la « Convenzione nazionale » per « rivedere » e « perfezionare » la Carta. In ogni momento, tuttavia, se la maggioranza dei votanti nell' « Assemblea primaria » di un solo Dipartimento, avesse reclamato la convocazione della Convenzione, il Parlamento sarebbe stato tenuto a sottoporre immediatamente la proposta a referendum e se la maggioranza dei cittadini fosse stata favorevole, si sarebbe convocata la Convenzione Nazionale per procedere alla modifica della costituzione. In tema, P. COLOMBO, « *Riforma legale* » *e* « *potere costituente* » *nelle costituzioni rivoluzionarie francesi*, in *Il Politico*, 1985, 468 ss., con particolare riguardo alle idee di Condorcet.

(21) Se in più della metà dei Dipartimenti un decimo delle Assemblee primarie di ciascun Dipartimento avesse domandato la riforma totale o parziale della Costituzione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. Nessuna delle due posizioni estreme ora esposte era destinata ad affermarsi storicamente, negli sviluppi del costituzionalismo. Dappertutto, con accentuazioni diverse, è prevalsa una posizione intermedia che tenta una difficile sintesi tra due molto forti e opposte esigenze di fissità e di rinnovamento. Le procedure speciali per il mutamento costituzionale presentano una doppia faccia, l'una che guarda al mutamento e l'altra alla conservazione: una doppiezza che storicamente è destinata a suscitare il timore o l'impazienza dei partiti dei conservatori e degli innovatori (22).

L'idea dell'illimitata riformabilità della costituzione, nel tempo e nei contenuti, era destinata ad apparire una pericolosa astrazione di spiriti politicamente imprudenti. Già Madison, in replica alle sollecitazioni di Jefferson, aveva insistito sull'esigenza di uno sviluppo nella continuità della storia costituzionale. Egli combatteva l'idea della totale separazione tra le generazioni. Per lui, tra la generazione costituente e quelle successive doveva instituirsi un rapporto come quello tra padri (i « padri fondatori ») e figli successori, ai quali sarebbe spettato di « migliorare e perpetuare », non di buttare al vento il legato costituzionale dei padri (*Federalist*, nn. 14 e 49). Questa era un'idea moderatamente tradizionalista che, per valere in quella forma, richiedeva che si potesse giustificare un debito dei giovani verso i vecchi, della nuova verso le precedenti generazioni. E infatti, Madison osservava che, se il mondo è per natura un dono alla generazione vivente, esso dovrebbe appartenere ad essa solo nel suo stato naturale. Ma, nella società civile, i miglioramenti fatti dai morti — per esempio, nella lotta per l'indipendenza i cui benefici frutti sono stati lasciati ai figli — formano un debito nei loro confronti che grava sulle generazioni successive che se ne sono avvantaggiate. Una generazione che ha bene operato può vantare legittimi titoli di credito nei confronti di quelle successive.

Si venivano così ponendo le condizioni concettuali per quella

---

il Corpo legislativo sarebbe stato tenuto a interpellare sull'argomento tutte le Assemblee primarie della Repubblica. Poi eventualmente si sarebbe formata una Assemblea con potere costituente, avente poteri limitati alle sole questioni per le quali fosse stata riunita. In tema, P. COLOMBO, « *Riforma legale* » *e* « *potere costituente* » *nelle costituzioni rivoluzionarie francesi*, cit., 473 s.

(22) P. COLOMBO, *Instaurazione, mantenimento e mutamento dell'ordine politico. La Constitution nel lessico della Rivoluzione francese*, in *Filosofia politica*, 1991, 303 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opera di sacralizzazione dell'atto di fondazione costituzionale, che è condizione della stabilità di qualsiasi costituzione e antidoto contro il pericolo che le costituzioni scritte portano in sé, di alimentare una gara sempre aperta tra chi la voglia scrivere meglio, come qualche tempo dopo avrebbe detto Joseph De Maistre per mostrare l'assurdità delle costituzioni scritte.

Proprio allo scopo di giustificare nei posteri il senso dell'obbligatoria continuità rispetto a un'origine storica tanto alta da essere irripetibile, si veniva così a formare e alimentare un « mito costituente » per mezzo di una gerarchia tra le generazioni. Quella costituente può pretendere fedeltà alla sua opera in quanto eccezionale sia stata la sua opera e eccezionali i doni (l'indipendenza, la libertà dalla tirannia, la prosperità ecc.) che essa ha portato ai successori. Non è un'idea solitaria di Madison. La stessa cosa vale per i rivoluzionari francesi, per quel che riguarda il loro « législateur immortel » legato alla farsa — che tuttavia esprime un bisogno di compensazione di quanto la secolarizzazione ha perduto in termini di fondazione assiologica del « politico » — del culto dell'Essere supremo ([23]). E vale anche per le costituzioni contemporanee, tutte necessariamente legate a un « mito fondativo » che si risolve in un sovrappiù di dignità della generazione costituente, cosicchè — quando si vuol cambiare la costituzione — di solito si incomincia accanendosi a distruggere i meriti di quella generazione, per farla apparire sotto una luce negativa (l'esperienza attuale del nostro Paese insegna).

Questa gerarchia di generazioni viene completata da una gerarchia di epoche. Si diffonde la convinzione dell'eccezionalità del « momento costituente », del suo carattere « epocale » e quindi non facilmente ripetibile ([24]). Perchè una costituzione possa essere fatta,

---

([23]) Riferimenti in H. ARENDT, *Essai sur la révolution* (trad. francese di *On Revolution*, 1963), Paris, Gallimard, 1967, 300.

([24]) T. BONAZZI, *Un « costituzionalismo » rivoluzionario*, in *Riv. fil. pol.*, 1991, 284, cita queste parole di John Adams: « siamo stati inviati al mondo in un tempo in cui avrebbero voluto vivere i grandi legislatori dell'antichità. Ben pochi della razza umana hanno mai avuto l'opportunità di scegliere un governo per sé e i propri figli, più di quanta ne abbiano avuta di scegliersi l'aria, il suolo, il clima ». In generale, la presunzione dei rivoluzionari americani e francesi di essersi accinti a un'opera sovrumana, come quella dei grandi legislatori dell'Antichità, era diffusissima, quasi un luogo comune.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perchè un nuovo ordine costituzionale possa nascere, occorre una « pienezza dei tempi », una pressione di energie creative tenute sotto compressione e che chiedono di esplodere, ciò che non è la condizione ordinaria della storia dei popoli.

9. Ma tutto questo, si potrebbe dire, è pura ideologia costituzionale. Ciò che davvero preoccupava erano le conseguenze pratiche dell'instabilità costituzionale, gli « interregni » anarchici che si sarebbero aperti a ogni rinnovo della costituzione, la dispersione delle tradizioni e di « quella parte di pregiudizio favorevole che è un aiuto salutare a un governo più efficiente », il pericolo di anarchia che la stessa possibilità di modificare facilmente la costituzione avrebbe determinato tra i partiti in lotta ([25]).

In Francia, si aggiungeva poi, ed era predominante presso quanti avevano avviato il processo rivoluzionario e ottenuto i loro scopi, l'esigenza politica impellente di « terminer la Révolution », nel senso di mettere fine ad essa, per impedire che altri potessero inserirsi nel processo rivoluzionario per « terminer la Révolution » in tutt'altro senso: per portare alle estreme conseguenze le premesse radicalmente ugualitarie che essa conteneva.

Ciò comportava di interrompere irrevocabilmente il processo costituente attraverso la « fissazione di alcuni principi » che costituissero un terreno di sicurezza per l'edificazione di un assetto

---

([25]) In tutt'altra luce rispetto alle riferite obiezioni circa il vincolo tra le generazioni, Madison faceva valere poi la teoria del tacito assenso, comunemente diffusa per esempio nelle teorie classiche della consuetudine e della giustificazione tradizionale dell'obbligazione politica. Senza un consenso tacito implicito, nessuna società sarebbe mai potuta sopravvivere. L'omissione di una espressa revocazione deve valere come tacita conferma. La legge e la costituzione stanno in quanto non vi sia una maggioranza contro. E questa maggioranza può manifestarsi sia in positivo, sia attraverso una omissione. Se non si presumesse questa esistenza di una volontà maggioritaria, non a ogni generazione ma a ogni ingresso di un individuo in società occorrerebbe mettere in causa la costituzione (anche senza contare il problema di coloro che cambiano partito). In questo modo, Madison operava una *reductio ad absurdum* della teoria di Jefferson. Per queste considerazioni, A. KOCH, *Jefferson and Madison. The Great Collaboration*, cit.

Tuttavia, Madison accettò il punto centrale dell'argomento di Jefferson che si traduce nella necessità di fare costituzioni « sensitive » della volontà maggioritaria delle generazioni che si succedono, senza di che, come Jefferson aveva affermato, « una costituzione sarebbe un atto di forza, non di diritto ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzionale garantito contro ulteriori e imprevedibili svolgimenti in senso radicale. Allora, la Costituzione — esaurita la sua prima funzione di accelerazione storica — divenne strumento di conservazione. Fine del potere costituente e suo esaurimento in una Costituzione ormai fuori discussione: ecco l'esigenza che porta a respingere l'idea di un processo costituente permanente, cioè di una rivoluzione permanente. Sono di Napoleone Bonaparte, le famose parole — « La Révolution est finie » — che rappresentano quasi la « costituzione materiale » del suo successo e la duplice, ambigua posizione di garante e conservatore della Rivoluzione (26).

Naturalmente, però, nemmeno l'assoluta immodificabilità della costituzione, a lungo andare, poteva apparire sostenibile al più astratto spirito razionalista o al più chiuso degli spiriti conservatori. La rigidità assoluta avrebbe esposto la costituzione al rischio di infrangersi di fronte al più piccolo urto, come il cristallo che manca di ogni elasticità per assorbire anche il menomo urto.

Ecco allora l'esigenza di una conciliazione. Condorcet l'aveva espressa in questo quesito: « Comment trouver un milieu entre des constitution perpétuelles, qui portent dès lors en elles-mêmes le principe d'une distruction violente, et une constitution toujours variable, qui expose sans cesse un peuple, fatigué de ces mouvements, à chercher le repos aux dépens de la liberté? » (27).

Questa doppia aspirazione alla stabilità e al mutamento era tale da determinare difficoltà probabilmente insormontabili, in un contesto nel quale vi fosse stato il riconoscimento di un « potere costituente ». Anzi, forse, proprio quest'ultimo si rivela incompatibile con le aspirazioni del costituzionalismo alla limitazione e al controllo del potere politico. I tentativi di uscire dalla contraddizione sono tutti incerti, logicamente e politicamente contestabili: dalla distinzione tra una parte autenticamente costituzionale e perciò fissa del testo costituzionale e una parte strumentale, e perciò adattabile ai tempi, alla distinzione tra il « changement total » e la

(26) « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée. La Constitution est fondée sur les droits sacrés de la propriété, de l'égalité, de la liberté. La Révolution est finie » (v. R. Schnur, *op. cit.*, 89).

(27) In Colombo, *op. cit.*, 218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« réformation partielle » ([28]), tra il « rifare » e il « riformare » la costituzione ([29]); dalla previsione di intervalli temporali di intangibilità della costituzione vigente e di procedure particolarmente gravose per la modifica (sequenze di assemblee diverse, limitatezza degli oggetti su cui esse siano chiamate a deliberare, ripristino in via eccezionale del mandato imperativo, ecc.) fino alla riserva ad un organo « moderato » e fuori della lotta politica del potere di iniziativa nella riforma costituzionale ([30]).

Queste distinzioni, finalizzate alla stabilità del regime costituzionale e insieme al suo fisiologico rinnovamento, restano alla base delle concezioni odierne dei limiti alla revisione della costituzione, ma alla fine sono significative di una esigenza alla quale una risposta chiara e categorica non si riesce a dare.Valga la formula con la quale la costituzione rivoluzionaria del '91 esprimeva semplicemente un auspicio: nel titolo dedicato alla « révision des décrets constitutionnels » si dichiarava che la revisione della Costituzione era un diritto imprescrittibile della nazione ma si considerava « plus conforme à

([28]) P. COLOMBO, « *Riforma legale* » *e* « *potere costituente* » *nelle costituzioni rivoluzionarie francesi*, cit., 466 s.

([29]) Su cui P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., 256.

([30]) Si consideri, ad es. il progetto di *Jury contitutionnaire* di Sieyès, avente, tra l'altro, il compito di occuparsi, « al riparo di ogni funesta passione, di tutte le opinioni che possono servire a perfezionare la costituzione, ... come laboratorio per la proposta degli emendamenti che che i tempi potrebbero richiedere che vengano apportati alla Costituzione »: un progetto avente come scopo l'arte di assimilare alla costituzione « la matière de son juste développement » affinchè essa si tenga costantemente al livello delle necessità presenti e non dia luogo alla tentazione e alla necessità di una « riproduzione periodica e totale » (in argomento, J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, 44 ss. e P. COLOMBO, « *Riforma legale* » *e* « *potere costituente* » *nelle costituzioni rivoluzionarie francesi*, cit., 472 ss.). Oppure si consideri il Consiglio dei censori dell'art. 45 della Costituzione della Pennsylvania del 1776, al quale era riconosciuto « il potere di convocare una Convenzione che dovrà radunarsi nei due anni seguenti alla sessione del detto Consiglio, se sia loro parso che vi abbia una necessità assoluta di correggere qualche articolo difettoso della costituzione, spiegarne alcuno non espresso chiaramente o aggiungerne che fossero necessai alla conservazione della prosperità e dei diritti del popolo. Ma gli articoli che si proporrà di correggere e le correzioni proposte, nonchè gli articoli da aggiungere o da abrogare, saranno autenticamente pubblicati almeno sei mesi prima del giorno stabilito per l'elezione della Convenzione, onde il popolo abbia agio di esaminarli e dare a quest'uopo le sue istruzioni a' suoi delegati ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients ». Si cercava così di esorcizzare il potere totale e diretto della Nazione, a favore delle procedure particolari e « interne », previste dalla costituzione. Ma era quasi una dichiarazione d'impotenza.

10. Tutte le posizioni in ordine al problema della fissità e del mutamento della costituzione che provengono dalla Rivoluzione non sono che varianti di una unica credenza: quella che l'autorità e il diritto siano nelle mani degli uomini, quando assumono il tratto dell'attività costituente, e attribuiscano ad essi il potere di determinare il corso della storia costituzionale. Sia che questa determinazione sia una fissazione per tutti i giorni dell'avvenire, sia che valga solo fino a quando una volontà diversa non si manifesti per cambiarla, la costituzione è sottratta alla forza della storia che trascina le cose lungo i suoi imprevedibili percorsi ed è ascritta esclusivamente alla forza preventivamente determinata della intenzionale volontà umana.

Per usare un'immagine, la costituzione viene sottoposta a una visione statica, come attraverso fotogrammi (31). O un solo, fisso e, per qualcuno, ossessivo fotogramma che non cambierà mai, o una sequenza di fotogrammi, ognuno comunque separato da un salto, da quelli che lo precedono e lo seguono. Il passaggio dall'uno all'altro viene concepito in discontinuità, come attraverso rinnovati e altrettanto ossessivi colpi del tamburo del potere costituente.

Il carattere essenziale di una scienza positiva della costituzione (cioè della costituzione per quello che è, non per quello che potrebbe o dovrebbe essere) coerente con le premesse anzidette, dovrebbe essere il suo collegamento esclusivo con la volontà costituente. Il contatto con la storia e con le sue ragioni, se c'è, dovrebbe essere filtrato e monopolizzato dalla volontà costituente. Per questa via e in questo monopolio si manifesterebbe precisamente la sua sovranità.

La scienza costituzionale positiva, conforme ai caratteri della costituzione, avrebbe dovuto allora essere la scienza della volontà

(31) G. MIGLIO, *Una Repubblica migliore per gli Italiani*, Milano, 1983, Giuffré, 148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituente affidata al testo che autenticamente la esprime. « Avrebbe dovuto »: il condizionale è d'obbligo, poichè le circostanze storiche del tempo, almeno in Europa, non permisero lo sviluppo di un simile positivismo legalistico della costituzione, al contrario di quel che avvenne invece per il codice civile, nel campo e a causa dei molto più stabili rapporti del diritto privato. Ma negli Stati Uniti, dove pure la tradizione dei diritti naturali individuali non era favorevole a questo genere di positivismo (32), la volontà, o il « mito » della volontà dei padri fondatori, come oggetto e ragione della ricerca di diritto costituzionale, si è potuta affermare potentemente e segna fino a oggi il dibattito sull'interpretazione costituzionale (33). E in generale non si potrebbe negare che questo sia un aspetto necessario dell'interpretazione costituzionale, tutte le volte in cui si abbia a che fare con un testo che scaturisce da una volontà normativa riconosciuta. In questo modo, assumendo la volontà costituente affidata a un testo come lo spartiacque tra un « prima » a- o anti-costituzionale e un « dopo » costituzionale, la scienza giuridica della costituzione si manifesta come lo strumento per assicurare questa cesura e questa propensione alla fondazione di un « da allora in poi ». Possiamo così fissare questo punto: secondo le concezioni costituzionali della Rivoluzione, la costituzione non ha un passato ma ha — o fa — solo futuro. Il che è quanto dire che le costituzioni non hanno e non vogliono avere una storia alle loro spalle ma si propongono di fare la storia nel loro futuro. Le norme costituzionali rivoluzionarie sono precisamente delle pre-iscrizioni, sono delle accumulazioni preventive di futuro, non sono post-iscrizioni o accumulazioni di esperienze del passato.

11. Quanto ora detto può sembrare contraddire addirittura quella che indubbiamente è una delle caratteristiche più evidenti di tutta la letteratura e dell'eloquenza politica e parlamentare del tempo delle Rivoluzioni e dei secoli che le hanno preparate: il loro continuo alimentarsi nelle vicende storiche dell'epoca classica. Il

(32) In sintesi, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 67 ss.

(33) Questo dibattitto è da noi conosciuto soprattutto attraverso l'opera di R. Dworkin. Un quadro sintetico è in H. BUNGERT, *Zeitgenössische Strömungen in der amerikanischen Verfassungsinterpretation*, in *Arch. öff. Rechts*, 1992, 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Neoclassicismo, di cui la Rivoluzione è l'evento più eminente sul piano politico, è continuamente nutrito di storia perchè il dichiarato intento era la restaurazione e la conduzione a perfezione e in grande stile della civiltà greca e soprattutto romana (34).

L'azione dei rivoluzionari si è ispirata agli esempi dell'antichità classica e questo probabilmente non esprimeva soltanto un particolare gusto teatrale nella politica. La civiltà classica era già stata riportata in onore, contro la pretesa barbarie medioevale, dal Rinascimento in poi, da Machiavelli agli autori della rivoluzione cromwelliana (come John Milton nell'*Areopagitica* [1644] o James Harrington nel *Common-Wealth of Oceana* [1656]) fino a Montesquieu e Rousseau e oltre, ad esempio nel capitolo XV del della I parte del II volume della *Démocratie en Amérique* di Tocqueville. Per la Rivoluzione, non si trattava solo di cultura, ma anche di azione. Attraverso il rispecchiamento della propria impresa nella grandezza delle antiche virtù con le quali intendevano rivaleggiare vittoriosamente (35), i rivoluzionari cercavano la forza morale per un atto, la rivoluzione, che non aveva precedenti. La possibilità di porre una rivoluzione verso l'ignoto sotto gli auspici di un passato glorioso, fino al punto di intenderla come una restaurazione, poteva in effetti costituire il modo di esorcizzare la paura dell'ignoto (36).

---

(34) H. ARENDT, *Essai*, cit., 306: in parallelo con le aspirazioni delle rivoluzioni moderne, fa notare come la storia romana sia centrata sull'idea di fondazione e come nessuna delle grandi concezioni politiche romane come l'autorità, la tradizione, la religione, la legge e così via, possa essere compresa se non si concepisce il grande fatto iniziale della storia e della cronologia romana, il fatto dell'*urbs condita*, della fondazione della *città eterna.* E continua osservando il valore continuamente rinnovatore del richiamo all'origine, illustrato perfettamente, nel *Somnum Scipionis* (Cic., *De Republica*, VI, II), con l'appello dell'Africano al nipote affinchè accettasse di diventare *dictator rei publicae constituendae*, nel momento della ricostituzione della cosa pubblica, dove la ricostruzione consisteva nella restaurazione dello spirito pubblico antico.

(35) Thomas Paine sognava che « ciò che Atene era stata in miniatura, l'America lo sarebbe diventata in grandezza reale »; per Saint Just « le monde est vide depuis les Romains, et n'est rempli que de leur souvenir, qui est maintenant notre seule prophétie de liberté »; secondo John Adams: « La costituzione romana ha formato il popolo più nobile e la più grande potenza che fossero mai esistite » prima dell'indipendenza dell'America e James Wilson non dubitava che « la gloria dell'America avrebbe rivaleggiato con quella della Grecia e l'avrebbe eclissata ».

(36) H. ARENDT, *Essai*, cit. 291.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Senonchè l'uso del passato non è qui propriamente una valorizzazione della storia. Si tratta piuttosto di *Historiae* che noi diremmo utilizzate antistoricamente. Storie, non storia; *Historie*, non *Geschichte.* Alla storia non viene in realtà ascritto alcun valore diverso da quello di essere un gran deposito di fatti, fattacci o fatti edificanti ai quali viene attribuito un significato esemplificativo o rafforzativo di quanto già appare vero in modo atemporale, in forza dei riconoscimenti della ragione (37). Si « aprono le istorie » (38), si « saccheggiano gli archivi della saggezza antica » (39) non per un interesse storico ma per trovare le prove dell'invarianza della natura umana.

In questa storia *paradigmatica, esemplare* o *aneddottica*, hanno significato i singoli episodi: essi, in quanto tali, non valgono ma mostrano o « ammaestrano ». Per questo, le sequenze temporali, gli sviluppi, le concatenazioni nell'ambito di contesti « storici » specifici sono privi di interesse per qualcosa che stia più su degli avvenimenti medesimi, qualcosa che riguardi appunto la storia. Un fatto vale l'altro, indipendentemente dal tempo e dal luogo. Un episodio della guerra del Peloponneso vale quanto un detto di Alessandro il Grande o un « beau geste » di Germanico e, poichè questo uso della « storia » non è affatto superato nell'odierno dibattito costituzionale, un evento della III Repubblica è altrettanto bene utilizzabile della sorte che la Rivoluzione riserva a Kerensky o del dissolvimento del MRP in Francia colla legge elettorale maggioritaria.

12. In breve, l'intera ideologia costituzionale della Rivoluzione, dal punto di vista delle « forze costituenti », è contenuta nella sua posizione a- o anti-storica (40). Una visione della costituzione

---

(37) Osservazioni in M.I. FINLEY, *La Costituzione degli Antenati* (1971), in *Uso e abuso della storia*, Torino, Einaudi, 1981, 39-83.

(38) Secondo la formula di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. Le Monnier, Firenze, 1945, a cura di P. Calamandrei, rist. 1992, 156.

(39) *Oceana*, in *Political Writing of James Harrington - Representative Selections*, a cura di C. Blitzer, New York, Liberal Art Press, 1955, 111.

(40) Ancora W. LEISNER, *Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts? Zum Problem des evolutionistischen Denkens im Recht*, cit., 140 (« Verfassungsrecht ist grundsätzlich, in der Reinheit revolutionärer Gedanken, entwicklungslos, weil der Wert ist, nicht wird... In allem Verfassungsrecht liegt in diesem Sinn der Zug zu einer ungeschichtlichen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza passato, poichè nasce da una frattura, e senza futuro o, meglio, con un futuro tutto concentrato o rattrappito nell'accelerazione rappresentata dall'atto costituente — non può che trascurare o combattere la storia come fattore costituente. La storia rilevante è solo quella del futuro e non è altro che un grande « campo delle possibilità », un tappeto sgombro che i costituenti immaginavano di aver innanzi a sé per realizzare le proprie previsioni.

La storia, per i rivoluzionari, la « vera storia » dell'umanità è ciò che si prefigura davanti a loro come compito imperativo, mentre alle spalle non c'è che il deposito sterminato di rovine giacenti; per i conservatori, è invece qualcosa che si erge dietro gli uomini con la sua autorità e proietta su di loro una luce alla quale essi non saprebbero sottrarsi.

Da qui si può procedere per cercare di chiarire le differenze rispetto all'opposta concezione che, nel grande contrasto per l'egemonia spirituale sull'Europa, fu elaborata come reazione alle aspirazioni di progresso messe in movimento dalla Rivoluzione della fine del Settecento. È il conservatorismo primo-ottocentesco (41) il quale, come è stato chiarito, è consistito, in tutte le sue forme, in una rappresentazione *ex post factum*, in un tentativo di rendersi coscienti di sé, attraverso una concezione politica da poter porre come argine alla penetrazione delle idee rivoluzionarie (42).

In sintesi: là si credeva, agendo di conseguenza, che la storia si potesse tagliare intenzionalmente, accelerandola per poi fermarla; qui ci si oppone alle cesure — cioè alle rivoluzioni e alle costituzioni — perchè il tempo né allunga il suo passo né lo ferma secondo quel che possono volere e credere gli uomini.

Là la storia era sotto, qui è sopra l'azione umana. Là ne era l'effetto, qui la causa efficiente. I rivoluzionari francesi credevano,

---

Zementierung des gesamten Rechtssystems, das nur als seine Ausführung verstanden wird »).

(41) Una acuta contrapposizione di sintesi tra lo spirito dei due secoli (attivistico, razionalistico, astrattizzante il primo; riflessivo, storicistico, concreto, il secondo) e l'indicazione delle diverse strade prese dal pensiero e dall'azione politica dell' '800, in CARLO CATTANEO, *Su la Scienza nuova di Vico* (1839), ora in *Opere di G.D.Romagnosi, C. Cattaneo, G. Ferrari*, a cura di E. Sestan, Milano-Napoli, 1958, 330 ss.

(42) In argomento, K. MANNHEIM, *Ideologia e utopia* (1929), Bologna, Il Mulino, 1974^2, 233.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dandosi una costituzione, di esercitare la più piena e la più creatrice delle libertà. Per i controrivoluzionari, erano invece i fanatici e inconsapevoli esecutori di un progetto provvidenziale che li sovrastava (43), che si sarebbe alla fine rivelato per quello che era: un'immenso castigo per il peccato d'orgoglio compiuto dagli uomini del secolo dei lumi (44).

L'espressione in sintesi di questa concezione della storia e del suo rapporto con le forze individuali può essere l'immagine degli uomini come « liberi schiavi »: « librement esclaves, ils opèrent tout à la fois volontairement et nécessairement: ils font réellement ce qu'ils veulent, mais sans pouvoir déranger les plans généraux » (45). Era un concetto, anche per le concezioni costituzionali, denso di contenuto, il quale anticipava in termini provvidenzialisti un modo di pensare generale, caratteristico del Romanticismo e che giunge fino alla grande concezione della storia di Lev Tolstoi, in *Guerra e pace* (46).

I rivoluzionari, per dare una risposta alle esigenze dei tempi, erano alla ricerca del nuovo. I conservatori, al contrario, dove non miravano semplicemente a un'indiscriminata « reazione », cercavano

---

(43) J. De Maistre, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques* (1809), in *Considérations sur la France; suivi de l'Essai sur le principe générateur des constitutions politiques; et des Lettres à un gentilhomme russe sur l'Inquisition espagnole*, Bruxelles, 1838, 211 e 240: « Uno dei grandi errori di un secolo che li professò tutti fu di credere che una costituzione politica potesse essere scritta e creata a priori, mentre la ragione e l'esperienza sono d'accordo nello stabilire che una costituzione è un'opera divina e che quindi ciò che c'è di più fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non potrebbe essere scritto ». « Poichè ogni costituzione è divina nel suo principio, ne deriva che l'uomo non può nulla in questo campo, a meno che non si leghi a Dio, per diventarne strumento ».

(44) « Bisogna tenerci pronti a un avvenimento immenso nell'ordine divino, verso il quale marciamo con una velocità accelerata che deve colpire tutti gli osservatori. Paurosi oracoli annunciano già che i tempi sono maturi » (XI *Entretient* delle *Soirées de St. Petersbourg*).

(45) J. De Maistre, *Considérations sur la France*, cit., 15.

(46) Sulla ricchezza della personalità di De Maistre, uomo in apparenza dell'Antico Regime ma, nel profondo, anticipatore di una sensibilità romantica, AA. VV., *Joseph De Maistre tra Illuminismo e Restaurazione*, a cura di L. Marino, Centro Studi Piemontesi, Torino, 1975. Sulla storia come rapporto insondabile di libertà individuale e grandi movimenti obiettivi in Tolstoi, N. Chiaromonte, *Tolstoi e il paradosso della storia*, in *Credere e non credere*, Bologna, Il Mulino, 1993, 43 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la risposta nel rinnovamento dell'antico. Rinnovamento contro innovazione. Questa opposizione è piena di significato perchè indica la divergenti direzioni nelle quali si possono cercare le fonti del nuovo. Non è vero che il conservatorismo non possa essere aperto al cambiamento. Ci può essere infatti un riformismo conservatore, ma l'unico cambiamento ammissibile è il ritorno ai principio, è la restaurazione di quanto vi è di originario, di primigenio, di autentico nella realtà (47).

Vi sono infatti due nozioni di passato, nel patrimonio del pensiero conservatore: non solo un passato meramente temporale ma anche un passato spirituale. Mentre il primo tende a schiacciare il presente su ciò che è stato per il sol fatto che è stato, il secondo può esprimere una forza molto dinamica, nel senso della trasformazione del presente verso la realizzazione della tendenza primigenia, del principio, del germe originario, dello « spirito » informatore della realtà (48).

Un'espressione e un concetto tipico del conservatorismo (e non solo dello storicismo conservatore) è infatti quello dello « spirito » di qualcosa: *Volks-, Zeit-, Welt-geist.* Ma questi « spiriti » si trasformano continuamente e continuamente pretendono di realizzarsi (49). Così è per la costituzione rispetto allo « spirito del popolo ». « Una costituzione è il risultato della sostanza dello spirito del popolo, che si fonda sul principio e si perfeziona nel tempo ». Perciò, un

---

(47) Il riformismo conservatore consiste nella sostituzione di fatti singoli con altri fatti singoli, in « miglioramenti ». Il riformismo progressista ha la tendenza a trasformare il mondo intero a causa di una situazione indesiderata, eliminando ciò che le sta intorno e la rende possibile. Se i servi della gleba in Russia vivono in condizioni disumane, il riformismo conservatore auspicherà un diverso atteggiamento concreto dei signori su di loro; il riformismo progressista esigerà l'abolizione dei servi della gleba e, magari, anche dei signori. Sulla base di ciò si comprende la tendenza progressista verso il sistema e quella conservatrice verso gli aggiustamenti particolari. Così K. MANNHEIM, *Conservatorismo. Nascita e sviluppo del pensiero conservatore* (1968), Roma-Bari, Laterza, 1989, 107 ove si cita, come espressione rappresentativa dello spirito conservatore, questa affermazione: « Noi [i conservatori] poniamo una buona amministrazione al di sopra della migliore costituzione ».

(48) K. MANNHEIM, *Conservatorismo. Nascita e sviluppo del pensiero conservatore*, cit., 117.

(49) T. WURTTENBERGER, *Zeitgeist und Recht*, Mohr, Tübingen, 1991^2, 73: « Der Geist der Zeit ist, der Zeit des Geistes zu verwirklichen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cambiamento nella costituzione, nel senso della maggior approssimazione al nucleo essenziale, si compie solo se lo spirito del popolo è condotto a un livello più alto, cioè a un grado di maggiore comprensione dei propri caratteri originari (50).

Naturalmente, le osservazioni che precedono sono soltanto e non potrebbero essere altro che sommarie indicazioni di tendenze spirituali che, nella reazione alla Rivoluzione, tengono insieme, come combattenti per una causa comune, orientamenti di pensiero anche assai diversi tra loro: l'oscurantismo, il conservatorismo legato ai vecchi ordinamenti cetuali, il romanticismo protestante conservatore, il provvidenzialismo cattolico che si oppone alla secolarizzazione del « politico », il legittimismo monarchico, il tradizionalismo secolarizzante, fino alle grandi, abissali e terribili visioni storiciste dell'Idea storico-concreta (51).

13. La concezione della storia propria del conservatorismo si accoppia di solito a visioni organiciste della società o, quanto meno, della società politica o dello stato (52).

Storicismo e organicismo sono « nozioni combattenti alleate » contro i due nuclei essenziali del pensiero politico-costituzionale settecentesco: alla ragione, si oppone la storia; agli individui, si oppongono gli organismi viventi. Queste due nozioni non possono stare, e in effetti non stanno separate. Il pensare la storia come continuità di forze obiettive non potrebbe in alcun modo appoggiarsi su una visione della storia medesima come il fatto di una multitudine di individui distinti gli uni dagli altri e viventi ciascuno

---

(50) Così, richiamando Hegel, T. Würtenberger, *op. cit.*, 71.

(51) Ricapitolazioni e documentazione in L. MARINO, *La filosofia della Restaurazione*, Loescher, Torino, 1978; P. CASANA TESTORE - N. NADA, *L'età della Restaurazione. Reazione e Rivoluzione in Europa. 1814-1830*, Loescher, Torino, 1981; M. RAVERA, *Il tradizionalismo francese*, Laterza, Roma-Bari, 1991 (a proposito di De Maistre, de Bonald e Lamennais e con ampia bibliografia generale); J. DROZ, *De la Restauration à la Révolution. 1815-1848*, Colin, Paris, 1967; K. MANNHEIM, *Conservatorismo*, cit.

(52) La precisazione vale a dire che ci possono essere concezioni dualistiche, come quella hegeliana che distingue la società civile, o ambito dei bisogni, dallo Stato, o ambito dell'eticità, e solo al secondo attribuisce il carattere dell'organismo. Ad es., HEGEL, *Filosofia del diritto*, § 271: « la costituzione è il processo della vita organica dello Stato ». In proposito, N. BOBBIO, *Sulla nozione di costituzione in Hegel*, (1971), ora in *Studi hegeliani*, Torino, Einaudi, 1981, 72 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una vita autonoma e transeunte. Se fosse così, non vi sarebbe la storia, ma tante storie individuali prive di significato se non per loro stesse.

Ecco allora l'ineludibile esigenza di concepire soggetti storici superindividuali, capaci di vita propria, trascendente quella delle loro singole parti costitutive: gli organismi sociali e politici, per l'appunto. Ed ecco la possibilità di stabilire come regola che, là dove vi è storicismo, ivi vi è organicismo, e viceversa.

È sul concetto di organismo sociale, sempre uguale pur nel mutamento dei suoi elementi formativi particolari, che può essere fondata l'unità tra le generazioni passate, presenti e future. In base a questa concezione, vengono respinti come aberrazioni tanto il principio di Jefferson che « la terra appartiene ai viventi » quanto la pretesa di poter « ricominciare da capo » in materia costituzionale, ogni qualvolta lo si ritenga desiderabile.

Quanto e sotto quali aspetti questa visione si contrapponga a quella rivoluzionaria, non è nemmeno il caso di approfondire: i doveri di appartenenza invece che i diritti di libertà, l'unità invece che la molteplicità come assioma, in sintesi: la finalizzazione dei singoli alla prosperità della società e alla potenza dello Stato invece che la strumentalità dell'una e dell'altro rispetto al benessere dei singoli. Addirittura, il confronto diviene quello tra culture politiche complessive, ascritte l'una alla Francia rivoluzionaria e l'altra alla Germania conservatrice. Per riprendere i termini di una famosa contrapposizione ([53]), qua *Zivilisation, Konstitution*, ragione, belle lettere, diritti individuali, ottimismo antropologico, mentalità astrattizzante; là *Kultur, Verfassung*, spirito, letteratura, doveri, pessimismo antropologico, mentalità storico-concreta.

Si potrà scavare fin che si vuole in questi concetti e così mettere in luce tutte le oscillazioni, anche profonde, riscontrabili nella loro utilizzazione nei due diversi contesti. Ma rimarrà comunque, tra Francia e Germania, la contrapposizione etica che questi elementi del pensiero politico denunciano e che si manifesta finalmente e nel modo più chiaro nella concezione della società, da una parte come

([53]) T. MANN, *Considerazioni di un impolitico*, Bari, De Donato, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organismo sociale unitario e dall'altra come meccanismo di individui separati (54).

Quel che particolarmente importa è che, per i conservatori, il soggetto politico è l'organismo sociale e la storia è la sua legge di vita, così come per i rivoluzionari il soggetto sono gli individui riuniti in società e la sua legge è la costituzione. Si può anche dire che la costituzione dell'organicismo è la sua storia e che quindi la scienza costituzionale è storia costituzionale. Il che vale solo a condizione che si considerino i mutamenti di significato che le medesime espressioni acquistano nei due tanto distanti, anzi opposti, universi concettuali.

14. Quest'ultima considerazione porta direttamente alla concezione giuridica che identifica la scienza del diritto, nè più nè meno, con la storia del diritto.

Si tratta di un positivismo storicista, perfettamente parallelo al positivismo legalista. In entrambi i casi, per la scienza del diritto si tratta di porsi in posizione passiva e servente rispetto a un'autorità sovrana, sia essa l'autorità di un legislatore o di una assemblea costituente, sia essa quella della storia. Sotto questo punto di vista, si può manifestare una convergenza reale, a dispetto dell'opposta concezione del diritto, una convergenza che viene in evidenza nel comune atteggiamento di sottomissione alle formule della legge, concepite come diritto positivo, in un caso perchè espressione della volontà del legislatore e, nell'altro, perchè e in quanto dichiarative di un diritto storico esistente. Lo storicismo giuridico, infatti, non è necessariamente contrario alla legge, purchè sia una legge dichiarativa, non costitutiva del diritto. E, in quanto positivismo, anche lo storicismo costituzionale, imponendo al giurista di prendere la realtà « positiva » per quello che è, gli impedisce l'esame critico dei fondamenti, diviene anch'esso una concezione acritica del diritto (55).

---

(54) E.-W. BOCKENFORDE, *Der Staat als Organismus. Zur staatstheoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus*, in *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991; E. KAUFMAN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts* (1908), ora in *Gesammelte Schriften, III, Rechtsidee und Recht*, Schwartz, Göttingen, 1960, 46 ss., nonchè il mio *Società-Stato-Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1988.

(55) Sul concetto di « positivo » proprio di parte della scuola storica del diritto (Hugo), ironizzava K. MARX, *Il Manifesto filosofico della scuola storica del diritto* (1842),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se la storia è un intreccio inestricabile di forze soverchianti, alle quali è vano cercare di resistere, tanto vale, invece di volerle dominare, operare per assecondarle. L'affermazione storica di un individuo, di una forza, di una nazione, e anche della scienza del diritto consiste appunto nell'abbandono attivo a questa corrente che tutto domina e tutti trascina (56).

Ma questo non è solo un rassegnarsi a un'impotenza. È anche un atto di sapienza. Il razionalismo rivoluzionario aveva affermato una distinzione essenziale tra le leggi puramente naturali della società (biologiche, sociali, economiche) e le leggi giuridiche, artificialmente prodotte *ad hoc*, proprio per contrastare le tendenze puramente esistenziali, materiali e cieche sul piano dei principi. È vero che il fondamento giusnaturalistico del razionalismo giuridico pretendeva di disvelare, dichiarare le regole della natura dell'uomo e della società. Ma ciò si riferiva a un uomo e a una società ideali, non alla loro corruzione prodottasi nello svolgimento irrazionale della storia, vista come il regno delle degerazione dei principi. Da qui l'idea

---

in *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo, Torino, 1950, 159-160: « Se il positivo deve avere valore in quanto positivo, allora devo dimostrare che il positivo non ha valore in quanto razionale; e come potrei farlo in modo più evidente che attraverso la dimostrazione che l'irrazionale è positivo e il positivo è irrazionale? Che il positivo non esiste per mezzo della ragione, ma nonostante la ragione? ... Hugo profana ... tutto quanto è sacro per l'uomo giuridico, morale e politico, ma distrugge queste cose sacre solo per poter attribuire loro l'ufficio di reliquia storica, le diffama dinanzi agli occhi della ragione per onorarle poi agli occhi della storia, e onorare nello stesso tempo gli occhi della storia.

Come il suo principio, così anche l'argomentazione di Hugo è positiva, cioè non critica. Egli non conosce distinzioni. Ogni esistenza ha per lui il valore di un'autorità, ogni autorità ha per lui il valore di fondamento. Così sono citati in uno stesso paragrafo Mosé, Voltaire, Richardson e Omero, Montaigne e Amnon, il Contrat social di Rousseau e il De civitate Dei di Agostino. Egli procede livellando i popoli. Il Siamese, che ritiene che sia un ordine naturale e eterno che il suo re faccia cucire la bocca a un chiacchierone e la faccia tagliare fino alle orecchie a un oratore inabile, è secondo Hugo altrettanto positivo dell'Inglese, che annovera tra gli assiomi politici che il suo re non possa ordinare arbitrariamente l'imposta di un centesimo. Lo spudorato Cenci, che gira nudo e al massimo si copre di fango, è altrettanto positivo del Francese, che non si veste, ma si veste in modo elegante. Il Tedesco, che educa la figlia come la gemma della famiglia, non è più positivo che Rasbute, che l'ammazza per risparmiarsi il fastidio del suo sostentamento. In una parola: l'esantema è altrettanto positivo che la pelle ».

(56) HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, trad. it., G.Calogero e C.Fatta, La Nuova Italia, Firenze 1947, II, *Il Mondo orientale*, 42-43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'uomo nuovo imposto per decreto. Il pensiero conservatore rovescia tutto questo: è la ragione astratta, non la storia, il regno dell'arbitrio, mentre la storia è il regno della positività. Se la riflessione sulla storia del '700 si rivolgeva al passato era per superarlo in un avvenire migliore. La storia come verità sarebbe stata un delitto di lesa maestà della Ragione. Nell'800, era per confermarlo e condannare l'attivismo riformatore e rivoluzionario basato sulle pretese della ragione. La ragione come verità, questa volta, sarebbe stata un delitto di lesa maestà della Storia ([57]).

15. Il positivismo storicista è un positivismo della situazione concreta. Esso ha come oggetto il diritto del presente, non si pone alcun problema del diritto del futuro e cerca il diritto del presente nel passato.

Il diritto presente è dunque, per il conservatorismo, la consolidazione del passato, esattamente come, per il rivoluzionarismo, il diritto del presente è la prefigurazione sintetica del futuro. Il primo guarda indietro, il secondo in avanti perchè diversa è la fonte sovrana del diritto che si tratta di servire: la storia e il legislatore.

Il positivismo della « situazione concreta », contrario al pensiero che si proietta oltre il presente alla ricerca di astratti ideali di

---

([57]) E. CASSIRER, *Il mito dello Stato*, Milano, 1971, 310 ss.: « C'è una differenza fondamentale fra la concezione della storia del secolo XVIII e quella del XIX. I romantici amano il passato per il passato. Per loro , il passato non è soltanto un fatto, ma anche uno degli ideali più alti. Ogni cosa diviene comprensibile, legittima, giustificabile non appena si possa risalire alle sue origini. Questo atteggiamento spirituale era del tutto ignoto ai pensatori del secolo XVIII. Se si volgevano al passato, essi lo facevano perchè volevano preparare un migliore avvenire. L'avvenire dell'umanità, la nascita di un ordine politico e sociale nuovo, era il loro grande tema di studio e il loro effettivo interesse. La storia ci può insegnare molte cose, ma ci può insegnare solo ciò che è stato, non quello che dovrebbe essere. Accettare il suo verdetto come infallibile e definitivo sarebbe stato un delitto contro la maestà della Ragione. I Romantici partivano dal principio opposto che ogni epoca storica ha un diritto proprio e deve essere misurata secondo criteri suoi propri. Ma andavano assai più in là. I fondatori della scuola storica dichiararono che la storia era la fonte, la vera origine del diritto. Non esiste autorità sopra la storia. La legge e lo Stato non possono essere « fatti » dagli uomini. Non sono prodotti da tale volontà e quindi non cadono sotto la sua giurisdizione. L'uomo non può fare la legge più di quanto non possa fare il linguaggio, il mito, la religione. La cultura umana non è il prodotto di attività libere al fine e consapevoli ». Essa ha origine in una necessità « più alta ». E il diritto è « cultura », non « comando » nè « natura delle cose ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustizia, libertà, financo di felicità non è soltanto imposto dall'insufficienza delle facoltà umane, la ragione e la volontà, ma è anche richiesto dalla lezione della storia, in particolare la storia della Francia rivoluzionaria. L'aspirazione all'universale, all'astratto, al futuro, è vista infatti come la premessa di tutte le crudeltà giustificate ideologicamente (58).

Guardando solo al presente, questa concezione del diritto non predispone alcun mezzo per controllarne il cambiamento. Per quanto lo storicismo possa pretendere di aver scoperto le « leggi di sviluppo della storia », nessuno è abilitato a anticiparne gli svolgimenti. Anche se non si esclude una funzione dichiarativa della legge, è la consuetudine il diritto per eccellenza secondo questa concezione, perchè essa è pieghevole, adattabile, « viene dopo ». Essa, attribuendo valore normativo a ciò che si è fatto fino al presente, è la migliore rappresentazione di un diritto della situazione concreta che consapevolmente rifiuta una funzione prospettiva (59).

La storia che interessa è quella che si potrebbe dire la *storia filogenetica*, che segue la nascita, le trasformazioni e finanche la morte degli organismi giuridici e delle loro norme. Essa presuppone che per conoscere realtà sottoposte alla forza del tempo non interessi la metafisica delle essenze, come ritenevano i rivoluzionari, ma interessi conoscere come si sono prodotte nello stato in cui le conosciamo (60). E, attraverso questa conoscenza che ci dice come le realtà sono e non potrebbero non essere, noi riusciamo altresì a farci una ragione, sul piano morale, della realtà.

---

(58) Burke (cit. in K. Mannheim, *op. cit.*, 105 nt. 29): « Io non mi rivolgo all'enigma dell'origine, né a quello doloroso della fine di tutte le cose » (si noti, che per un conservatore, la fine è corrompimento, mentre per i rivoluzionari è realizzazione). Hegel, a sua volta, nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 5: « Ciò che essa [la libertà nel senso della Rivoluzione] crede di volere, può essere per sé soltanto un'immaginazione astratta, e la realizzazione di essa essere soltanto la furia della distruzione ».

(59) E, a maggior ragione, rifiuta ogni efficacia retroattiva, la quale — sol che ci si pensi un poco — è il massimo atto di onnipotenza del positivismo legislativo, in quanto pretende di trasformare il passato in futuro e così poterlo sottoporre, contro natura, a una regolamentazione prospettiva.

(60) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, XIV-XV: della realtà giuridica contemporanea non si conosce l'« intima essenza », ma solo « l'esterna apparenza », se non si mette allo scoperto « il vivo legame che unisce il presente al passato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mentre la storia paradigmatica o aneddottica dei rivoluzionari poteva attingere dovunque e in ogni tempo i suoi esempi, la storia filogenetica considera rilevanti esclusivamente gli eventi relativi a ciascuna realtà vivente, sia essa un istituto giuridico, un ordinamento, una costituzione. Ogni vita, infatti, è una realtà a sé e non si presta a fornire materia di conoscenza per altre vite. Come non ci può essere una storia universale, così non c'è un diritto universale. La scienza del diritto, da buona per tutti i popoli e per tutti i luoghi quale pretendeva di essere secondo la Rivoluzione, diviene un patrimonio essenzialmente nazionale. Essa è lo specchio, *sub specie* giuridica, delle caratteristiche tanto originarie (e quindi, in certo modo, necessitate), quanto sviluppate nel tempo (e quindi, in certo modo, libere) di un popolo. Il riferimento non può che essere, conclusivamente, alla presentazione di Savigny della « Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft », ove si dice: « Ogni età deve riconoscere qualcosa di dato, che è a un tempo necessario e libero: necessario, in quanto non dipende dal particolare arbitrio del presente; libero, perchè non deriva da un qualsiasi arbitrio estraneo e particolare (come il comando del padrone al suo schiavo) ma è piuttosto prodotto dalla natura superiore del popolo, inteso come un tutto in divenire e in svolgimento. Di questa entità più elevata che è il popolo, anche l'epoca presente è un momento, che in quel tutto e con quel tutto vuole e agisce; sicchè ciò che da quel tutto è dato, può definirsi anche la libera creazione dell'epoca presente. La storia quindi non è più una semplice raccolta di esempi ma l'unica strada per la conoscenza vera della nostra stessa condizione ... Non si tratta tanto di scegliere fra bene e male, come se fosse un bene l'accettazione di ciò che è dato e male il suo rifiuto, ma egualmente possibili entrambi. A stretto rigore questo rifiuto del dato è impossibile, esso ci domina inevitabilmente e noi possiamo solo illuderci ma non certo mutarlo » [61].

16. Ricapitoliamo. Le concezioni della Rivoluzione ponevano la costituzione sotto l'autorità sovrana dell'Assemblea costituente;

---

[61] In M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, VI, 1976, Bologna, Il Mulino, 1976, 196.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle della Conservazione, sotto l'autorità sovrana della Storia. Il positivismo legislativo e il positivismo storicistico — per quanto ideologicamente agli antipodi — privavano ugualmente la scienza costituzionale della possibiità di svolgere un ruolo critico e creativo poichè in entrambi i casi le si precludeva la discussione sui fondamenti. L'ideologia giuridica di questi due movimenti attribuiva alla scienza del diritto un ruolo dichiarativo di qualcosa di esterno che le si imponeva necessariamente. Ma era tuttavia mera ideologia, poichè sempre, in entrambi i casi, una funzione attiva c'è stata e non poteva non esserci. Basti riflettere sul fatto che il diritto, nel caso della legge, è filtrato dalle interpretazioni della legge e, nel caso della storia, è fatto dalla storiografia giuridica, cioè da interpretazioni storiche. Ma, riconosciuta questa evidente e ineliminabile funzione della scienza del diritto, non c'è dubbio che essa era indotta a lavorare all'interno di un quadro delineato da forze che le erano esterne.

La ragione di questa limitazione stava nel postulato di una sovranità.

Questo postulato viene a mancare nel costituzionalismo della Restaurazione e, per questo, i caratteri della trattazione scientifica dei temi del diritto costituzionale cambiano radicalmente. La monarchia costituzionale era basata sul principio tradizionale di legittimità, e quindi si ascriveva al conservatorismo non alla rivoluzione. Ma questa legittimità veniva come equilibrata dal principio elettivo-rappresentativo (62).

Il dualismo delle Monarchie costituzionali rappresentative in Europa (eccezion fatta, a causa di opposte ragioni, per il Belgio e la Prussia) rendeva insolubile il problema della sovranità: se essa permanesse e dove si collocasse. Per questa ragione, si è parlato di Stati senza sovranità o a sovranità incerta o indecisa (63).

Esisteva invero il « partito assolutista » che — indipendentemente dalle formule impegnative dei Preamboli — interpretava le Carte *octroyées* come elargizioni sempre revocabili da parte della sovranità regia, così come, al contrario, esisteva il partito parlamentare, che vedeva nella Camera rappresentativa il vero motore del

(62) E. W. Bockenforde, *Die verfassunggebende Gewalt*, cit., 94 ss.

(63) E. W. Bockenforde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung* (1983), ora in *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 36 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema. Ed esisteva la tesi di compromesso, sostenuta con diversità d'accenti, che attribuiva la sovranità all'accordo legislativo dei due poteri (a rigore tre, ma il ruolo delle Camere Alte era dappertutto recessivo) (64). Ma, in realtà, il problema finiva per tradursi in una questione di fatto che apriva la strada a equilibri mutevoli, a una continua *Verfassungswandlung*.

Dal punto di vista teorico, i « dottrinari » del *juste milieu*, che interpretavano le Carte della Restaurazione attraverso la categoria fondamentale dell'equilibrio, avevano buoni motivi per considerare la questione della sovranità come una controversia teologica fuori posto, fatta per avvelenare gli animi. Si aveva ragione di porla nei regimi monisti, come quelli ispirati alla sovranità popolare o alla sovranità nazionale, ma si aveva torto fuori di simili contesti. Concependo la società organicamente costituita, porre la questione della sovranità era qualcosa di simile alla disputa se nel corpo umano la sovranità spetti al cervello, al cuore o allo stomaco (o al fegato), organi tutti ugualmente necessari alla vita, mentre l'unica questione dotata di senso sarebbe dovuta consistere nel riconoscimento delle diverse funzioni sociali, nella tutela delle posizioni di ciascuna parte necessaria all'equilibrio nel sistema (65).

---

(64) Dalla tesi immobilistica del d'Azeglio (su cui A.M. GHISALBERTI, *Massimo d'Azeglio, un moderato realizzatore*, Roma, 1953), espressa nella formula: « niente di meno; niente di più dello Statuto », si passava, per la via intermedia e *souple* della sovranità della legge, approvata dal Parlamento e sancita dal Re (la tesi di Cavour e della maggioranza dei commentatori), all'idea della Camera dei deputati come organo custode della costituzione, nel caso di crisi determinata da insormontabili contrasti tra il Re e le due Camere. Per questa interpretazione, D. CARUTTI, *Dei principi del governo libero*, Firenze, 1861^2, 160 (vero e proprio trattatello sul potere d'eccezione) ove si sostiene che il cuore deve valere più degli altri organi poichè se tutte le parti « ugualmente potessero e stessero in bilico per forma che niuna venisse in ultimo a trarre la bilancia, la macchina costituzionale, in caso di sconcordia fra i poteri, cesserebbe dal moto; e la violenza, ora come colpo di Stato, ora come sedizione dovrebbe sospingerne le ruote ».

(65) A. OMODEO, *Studi sull'età della Restaurazione*, Torino, Einaudi, 66. Si v. ad. es. L. A. MELEGARI, *Sunti delle lezioni di diritto costituzionale*, date nella Univerità di Torino l'anno acc. 1857-1858, lez. III: « troviamo nella costituzione del corpo un organismo che risponde all'economia dei poteri dell'ordine monarchico-costituzionale. Per poche cognizioni si abbiano sull'Antropologia, si deve essere colpiti dalla massima importanza di tre organi che la scienza dichiara necessari al mantenimento della vita fisica e morale, il cervello cioè, il cuore e il fegato. Il cervello che è il centro del sistema nervoso e si presenta come l'organo dominante da cui emanano il pensiero e la volontà, e dal quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A questi concetti, anche il potere costituente era estraneo. Esso finiva per essere una nozione incompatibile col costituzionalismo della Restaurazione, una nozione del rivoluzionarismo democratico, rappresentato per il passato dalla Francia e per il presente, in Italia, dalle ripetute richieste dei Mazziniani in pro di una assemblea costituente. L'intero costituzionalismo del diciannovesimo secolo presupponeva un sistema politico che non sapeva e non voleva fondarsi su una scelta di tipo costituente, poichè non puntava a un indirizzo fondamentale, ma a un equilibrio fondamentale (66).

Del resto, il potere costituente è un concetto della teologia politica secolarizzata ed era perciò incompatibile con la legittimità della Monarchia. La potestà costituente può essere solo popolare (67). Il Re, per quanto lo si dicesse sovrano e lo potesse essere tra le autorità terrene, era pur sempre un agente dell'autorità suprema, essa sì sovrana e costituente (68). De Maistre era coerente con queste premesse, quando negava che la costituzione potesse essere opera degli uomini e ne affermava la natura divina. Ed erano altresì comprensibili i dubbi dei grandi reazionari che, di fronte alla concessione delle Carte, si chiedevano se il Re non avesse disposto

---

dipendono le condizioni della vita razionale. Nel cuore veggiamo invece il centro del sistema sanguigno e la sorgente delle passioni, la sede degli istinti per cui più si manifesta la vita affettiva. Nel fegato infine si scorge l'organo moderatore, il filtro attraverso il quale si purifiano e si temprano gli elementi essenziali al mantenimento della vita e si impedisce quindi che non rechino l'arsione al cuore, il delirio al cervello e la disorganizzazione in tutto il corpo. Tale è la parte che per molti riguardi esercitano rispettivamente il Re, la Camera elettiva e il Senato nell'organismo costituzionale ».

(66) M.Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano*, in P.Pombeni, *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1992, 55 ss.

(67) E. W. Bockenforde, *Die verfassunggebende Gewalt*, cit., 94. Un cenno in senso contrario alla affermazione del testo, invece, in C. Cavour, *Critiche allo Statuto, il Risorgimento*, 10. 3. 48, ora in *Tutti gli scritti di Camillo di Cavour*, a cura di P. Pischedda e G. Talamo, Torino, vol. III, 1976, 1113, dove, teorizzandosi la modificabilità dello Statuto — contro le formule dell'irrevocabilità contenute nel Preambolo — si parla audacemente di « potere costituente » che sta « nel seno della società », a dimostrazione del suo spirito maggiormente libero dalle ipoteche conservatrici.

« È pericolosa grettezza politica, che rovinò tanti principi, quella di commisurare le riforme non alle esigenze dei tempi e ai bisogni dei popoli, ma 'allo stretto indispensabile' per allontanare il prossimo pericolo di politici sconvolgimenti ». (Cavour, *Scritti*, Zanichelli, Bologna, 1892, I, 365).

(68) H. Heller, *La sovranità*, (1927), Milano, Giuffrè, 1987, 70 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su una materia indisponibile da parte di qualunque autorità terrena e se, quindi, non avesse così messo in gioco la sua legittimità (69).

In ogni caso, questa interpretazione di parte legittimista concorreva con quella di parte parlamentare moderata. L'intento comune era quello di non aprire una frattura nella vicenda monarchica, che avrebbe potuto giustificare altre e più profonde fratture. E per questo non si doveva parlare della concessione delle Carte come evento costituente, nel senso della Rivoluzione. Non solo i legittimisti, dunque, ma anche i liberali — bene impersonati su questi temi dal Sismondi col suo grande lavoro storico-comparativo, *Etudes sur les constitutions des peuples libres* (70) e dal Balbo della *Monarchia rappresentativa in Italia* (71) — vedevano nel governo rappresentativo monarchico uno sviluppo, non una contraddizione delle strutture politiche tradizionali dell'assolutismo, uno sviluppo realizzato dalla monarchia che associava a sé le nuove forze attive della società, per rafforzare la costituzione: uno sviluppo, insomma, delle cosidette « monarchie consultative ». I legittimisti, interessati alla continuità col passato, potevano acconciarsi a vivere con lo Statuto, disposti al più a « retrocedere un poco » (72); i liberali, interessati all'innovazione, non giungevano però a distaccarsi dal principio di legittimità, per

(69) Potendosi sostenere che la base formale di legittimità del regime costituzionale non rompeva la linea di continuità, non essendo stata dismessa la sovranità del re ma essendo soltanto mutato il modo del suo esercizio, anche i più strenui tradizionalisti, legati al diritto divino del re e quindi all'indisponibilità della sovranità, furono in condizione di accettare lo Statuto. Così, ad esempio, il Solaro della Margarita, presentando la sua candidatura alla prima Camera subalpina, poteva riconoscersi nelle nuove istituzioni e accettare lo Statuto « perchè largito dal sovrano legittimo ». E il padre Taparelli d'Azeglio, approvando la sua decisione, gli scriveva: « Soprattutto mi è piaciuto quell'accettare che fate la condizione presente del Piemonte perchè imposta da Autorità legittima. Se tutti lo capiranno, invece di disputare sul migliore dei governi, penseranno a ben valersi di quello che Dio ci donò » (*Carteggio del padre Luigi Taparelli d'Azeglio della Compagnia di Gesù*, a cura di P. Pirri, Torino, 1932, 401 s.).

(70) Bruxelles, 1836.

(71) Edito a Firenze nel 1857, ma scritto vari anni prima.

(72) Secondo l'immagine usata da Cavour nel descrivere questo stato d'animo: *Discorsi parlamentari*, a cura di A. Omodeo e L. Russo, Firenze 1932, II, 77. In tema, A.Omodeo, *L'opera politica del Conte di Cavour*, Firenze, 1951^3, I, 94 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paura di cadere in braccio dei democratici. L'equivoco sulla sovranità poteva così convenire tanto ai primi quanto ai secondi.

17. Sulla scienza costituzionalistica dell'Ottocento liberale pesa il giudizio demolitorio di Vittorio Emanuele Orlando: troppo filosofica, troppo politica, troppo storica, troppo sociologistica e troppo poco giuridica ([73]).

La realtà è però che, indipendentemente dalla qualità degli eterogenei argomenti impiegati, condizionata dal grado di sviluppo delle scienze corrispondenti, i caratteri assunti dalla scienza costituzionalistica del tempo erano giustificati dai suoi compiti che, a loro volta, derivavano dalla natura del loro oggetto, cioè della costituzione monarchico-rappresentativa.

Una costituzione che non si regge su una forza sovrana e costituente non può pretendere di orientare unilateralmente l'opera di una scienza costituzionale coerente con tale forza. Una costituzione senza sovrano o a sovranità indecisa non può pretendere una scienza costituzionale posta passivamente al suo servizio.

In realtà, in quelle condizioni storico-politiche, la scienza costituzionale non poteva essere semplicemente scienza della costituzione ma doveva essere altresì scienza delle condizioni della costituzione. Si può pretendere che la scienza costituzionale si disinteressi delle premesse, se una forza costituente sovrana (legislativa o storica) si fa garante della positività della costituzione stessa. Ma quando ciò non avviene, la costituzione cessa di essere un dato positivo che la scienza costituzionale possa semplicemente pretendere di rispecchiare, e diviene semmai un problema, un compito fondativo-costruttivo che la scienza costituzionale deve perseguire secondo la struttura della situazione costituzionale concreta e le esigenze scaturenti da questa.

Ora, tali esigenze costituzionali erano fissate dai due pericoli che, da fronti opposti, minacciavano la costituzione delle Monarchie rappresentative, il pericolo della reazione e il pericolo della rivoluzione. Il primo avrebbe riportato alla Monarchia assoluta, il secondo alla democrazia. Per fronteggiare il primo pericolo, la scienza costi-

([73]) *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940)*, Milano, Giuffré, 1954, 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzionale si impegnò nel mostrare la corrispondenza agli interessi della Monarchia del principio rappresentativo e la sua adeguatezza alle condizioni, si direbbe oggi, costituzionali materiali del tempo. Per fronteggiare le richieste radicali dei democratici, si impegnò a sostenere l'adeguatezza delle nuove costituzioni rispetto ai desiderabili sviluppi del futuro, al progresso morale, civile e economico della nazione.

In questo doppio aspetto o doppio legame, al passato e al futuro, si manifestava del resto perfettamente il carattere indeciso della costituzione di allora, la sua valenza conservativo-progressiva. Non avrebbe potuto essere diversamente, anche se da ciò non poteva derivare che una trattazione scientifica del diritto costituzionale dai caratteri, a dir poco, eterogenei.

Se Orlando rimproverava la confusione di metodi, era giustificata la replica *ante litteram* di Luigi Palma (74), fautore di un metodo misto, « ideale e reale », nel quale trovavano posto tanto la filosofia e la ragione (l'elemento ideale) quanto la storia, la sociologia e l'economia (l'elemento reale): un metodo che unisce considerazione verso l'esperienza tradizionale e apertura verso l'innovazione razionale.

Il diritto costituzionale — nelle parole di Palma — non è solo scienza sperimentale, né scienza speculativa: « non si possono accettare le conclusioni esclusive dalla scuola storica, per le quali il diritto, non solo non può dirsi una condizione riflessa e pienamente libera della sua esistenza, ma è un prodotto fatale delle sue condizioni. È vero che i popoli sono organismi viventi, e come tali sono soggetti a leggi nel loro sviluppo, è vero che il presente è figlio del passato; ma la coscienza umana ci attesta ancora potersi mutare di ordini giuridici e politici, e la storia del diritto ci attesta averli i popoli continuamente resi diversi da quelli legati loro dai padri. Però il vero si è ancora che non possono mutarli ad arbitrio, debbono svilupparsi secondo le loro condizioni; tra cui ha parte cospicua il modo di essere presente, determinato dalla sua storia, dal modo di essere passato. Ma in questo modo di essere hanno ancora parte precipua le nuove idee arrecate dallo sviluppo scientifico dei pensatori e diffuse nelle varie classi della società, massime nelle dirigenti per

(74) *Corso di diritto costituzionale*, Pellas, Firenze, 1883³, vol. I, 32 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condizione sociale, possessi, capitali e coltura; i nuovi bisogni e sentimenti suscitati dal progresso del tempo nelle nuove generazioni, gli esempli, gli influssi dei popoli circostanti: tutte cose che fan variare il pensiero degli uomini sulle condizioni della consistenza e convivenza civile e politica; in altri termini, modificano, fanno progredire la coscienza del diritto e del dovere in ordine alla costituzione dei governi, ai loro poteri, ed alle guarentigie rispetto ai medesimi ». Che tutto questo corrispondesse a un ethos politico moderato, nella visione del rapporto volontà e necessità, principi astratti (e distruttivi) e azioni concrete (e costruttive), non è nemmeno il caso di dire (75). E questo era per l'appunto lo spirito costituzionale del tempo. Nel *Cours de politique constitutionnelle* (76), Benjamin Constant lo riassumeva per tutti con queste parole: « Le costituzioni raramente si fanno dalla volontà degli uomini: le fa il tempo e s'introducono gradatamente e in modo insensibile. Però vi sono certe circostanze, e questa nella quale siamo è una di quelle, che rendono indispensabile di fare una costituzione: ma in tal caso fate solamente ciò che è indispensabile: date luogo al tempo e all'esperienza onde queste riformatrici potenze dirigano i vostri poteri di già costituiti verso il miglioramento di ciò che è fatto, e verso il compimento di ciò che rimane a farsi ». Dunque: il tempo,

---

(75) Si v., per esempio, la critica pragmatica e moderata all'astratto idealismo rivoluzionario formulata da Cavour, in *Scritti*, Zanichelli, Bologna, 1892, I, 346: « Concepire uno scopo, appoggiarvi sopra un'ipotesi, procedere di pensiero in pensiero, formare una concatenazione di elementi prescelti, astrarli dalle realtà che li circondano e li modificano, disprezzar gli ostacoli, irritarsi davanti a loro, abbatterli e aprirsi un passaggio, ecco tutto il sistema nella sua nudità. È un mondo ideale, architettato nel silenzio del gabinetto sugli istinti buoni o perversi del nostro cuore, è un tratto dell'umana superbia, al quale la natura oppone costantemente o l'impossibilità momentanea o la punizione del disinganno ... Gli uomini delle misure energiche, gli uomini davanti ai quali noi non siamo che dei miserabili moderati, non sono già nuovi nel mondo: ogni epoca di rivolgimenti ha avuto i suoi, e la storia ci insegna che non furono mai buoni, se non ora ad accozzar un romanzo, ora a rovinar le cause più gravi dell'umanità. Quanto più disprezzano le vie segnate dalla natura, tanto meno riescono ... Si direbbe che la natura li adeschi e li attenda, per poi beffarsi di loro ed avvezzarli a venerarne le leggi ».

(76) *Cours de politique constitutionnelle* (1818), ch. IX, *Di ciò che non è costituzionale*, p. 137. Di B. Constant, si v. altresì *Le reazioni politiche - Gli effetti del terrore*, a cura di F. Calandra, ESI, Napoli, 1950, cap. VIII delle *Reazioni, Intorno ai principi*, 77 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'esperienza e le potenze riformatrici come fattori della costituzione e quindi della scienza costituzionale. Inutile dire che queste idee di metodo trovavano una loro corrispondenza nel modo corrente di concepire la monarchia dualista prima e il governo parlamentare poi, forme di governo concepite anch'esse come la cooperazione (con varietà di peso) tra due principi, quello conservativo-concreto, facente capo al re, e quello riformatore-astratto, facente capo alla rappresentanza. Metodo e oggetto si corrispondevano perfettamente.

La storia, qui, cessa di essere quell'autorità tirannica ed esclusiva che lo storicismo concepiva. La filogenesi delle istituzioni costituzionali non esclude un ragionevole intervento della volontà e dei progetti degli uomini, che possono trovare posto nelle Carte costituzionali. Esse per una parte riconoscono la costituzione tradizionale, per un'altra parte innovano.

Non storia come « storie », né storia filogenetica, ma storia come insieme dei caratteri conservativi dell'ordinamento costituzionale, non refrattario, anzi aperto al moderato mutamento.

18. Orlando, dopo averlo praticato egli stesso con sagacia (77), censurava questo metodo dell'oscillazione tra l'astratto e il concreto, tra il soggettivo e l'oggettivo, tra il volontarismo e il « naturalismo » costituzionale e, su questa base, propugnava un metodo — il metodo che si sarebbe poi detto della scuola giuridica del diritto pubblico — incentrato sulla elaborazione di concetti o principi aventi natura « idealreale » (78) (si noti: non ideale e reale, come avrebbe potuto dire anche un autore come il Palma sopra citato).

Ma, come tutte le questioni di metodo, anche questa nascondeva una questione di sostanza. Si era superata l'incertezza fondamentale sulla quale le istituzioni costituzionali della monarchia rappresentativa si erano formate e la borghesia veniva generalizzando se stessa nello Stato, inteso idealisticamente come l'universale astratto della politica. La distanza tra l'ideale e il reale della dottrina costituzionale

(77) *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), ora in *Diritto Pubblico generale*, cit., 345 ss. e, in particolare, il § 2 (p. 351 ss.) dedicato al problema del metodo.

(78) V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* cit., 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precedente, distanza che corrispondeva all'irrisolta tensione tra progresso e conservazione, veniva qui a colmarsi e placarsi attraverso il *medium* — lo Stato — nel quale si operava la cristallizzazione di ogni realtà e di ogni idealità costituzionale. Una cristallizzazione che superava la doppia direzione del diritto costituzionale della Restaurazione liberale. Invece di una scienza problematicamente attratta da due opposte lusinghe, una scienza di concetti univocamente orientata allo Stato come soggetto o escludente o inglobante ogni altra soggettività, degradata a « organo » dello Stato medesimo. Nel costituzionalismo liberale della restaurazione, una simile riduzione non veniva immaginata: lo Stato era il luogo di un pluralismo; la Corona era l'organo della Monarchia, la Camera elettiva era organo della borghesia, ecc. Così, si finiva per operare un radicale rovesciamento di prospettive. La dottrina costituzionale precedente era una finalizzazione dello Stato alla società; con Orlando la società viene finalizzata allo Stato. La radice del « vizio statalista » (79) è qui.

Naturalmente, i caratteri storico-politici dello Stato orlandiano spiegano i contenuti della sua concezione costituzionale, in primo luogo lo « stato di diritto », nella sua ambiguità o doppiezza, a seconda della classe sociale cui si trovasse a essere applicato nell'epoca dello sviluppo dell'industrialismo borghese di fine secolo (80). Qui, si potrebbe dire, si vede all'opera una nuova dualità, ma di natura completamente diversa e non incompatibile con una dogmatica dei concetti chiusa e ferma.

In questo modo, il diritto costituzionale veniva nuovamente agganciato alla sovranità. Ma era una sovranità priva di politica, poichè non incarnata in un soggetto costituente (come aveva potuto essere un'assemblea popolare) capace di volontà concreta. Era riferita a un'astrazione giuridica, lo Stato, punto di riferimento di una pura concettuologia, neutralizzato politicamente (almeno rispetto alle forze sociali costitutive dello Stato liberale, non certo rispetto alle componenti sociali escluse).

Come fattore costruttivo del diritto costituzionale, si poneva la logica che ci fa « calcolare con i concetti » — secondo la famosa

---

(79) S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 11.

(80) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 33 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspirazione ripresa da Orlando dalla romanistica — ma veniva espunto tutto ciò che avrebbe messo il diritto costituzionale a contatto con la variabilità, la relatività, l'opzionalità, l'imprevedibilità. In primo luogo, la storia ma, con essa, la filosofia politica, la sociologia, l'economia, la comparazione, ecc., tutte discipline che, a quel punto bene potevano definirsi eterogenee rispetto a quella propriamente giuridica, alle quali poteva attribuirsi al più un ruolo « ausiliario », « sussidiario », quindi secondario e non determinante.

Questa è l'« autocomprensione » che i costituzionalisti, maggioritariamente, hanno ancor oggi di sé e dei caratteri del loro lavoro. L'istituzionalismo romaniano non ha infatti prodotto alcuna novità di metodo su questo punto, limitandosi a una sostituzione tra Stato e istituzione che poteva lasciare in piedi le convinzioni metodologiche « positivistiche » della scuola giuridica del diritto pubblico (81). Anche tra le più giovani generazioni di studiosi, là dove si manifestano sintomi evidenti di impazienza nei confronti di un metodo eccessivamente chiuso e limitante (82), ci potrà essere l'auspicio di

---

(81) Tra i tanti possibili riferimenti, oltre V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., 20, S. ROMANO, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffré, 1940[5], p. 14-16: « Il diritto costituzionale positivo è diritto esistente attualmente e quindi non è storia del diritto, sebbene debba tener conto degli elementi che da un ordinamento precedente siano passati in quello attuale, e siano attuali essi stessi, e sebbene ai suoi fini spesso giovi indagare come il diritto più antico si sia trasformato in quello vigente ». Ancora: « C'è una serie di scienze che, senza menomare la autonomia di quella del diritto costituzionale, si debbono ritenere ad essa ausiliarie ... Anche le discipline non giuridiche attinenti allo Stato (come la storia del diritto) sono al giurista utili in vario senso. Vero è che per lui la realtà che deve prendere in considerazione non è quella che risulta dalle indagini di tali scienze, ma soltanto quella che è stata accolta e nella forma nella quale è stata accolta dal diritto positivo. Tuttavia per ben comprendere la realtà formale che l'ordinamento giuridico presenta, talvolta giova conoscere la realtà vera, quale è data da scienze più sostanziali. Non solo: ma, se nel momento in cui il giurista costruisce i principi del diritto positivo, deve attenersi alla realtà quale è concepita da quest'ultimo, nel momento in cui si tratta di applicare tali principi, si imbatte necessariamente nella realtà effettiva, cioè in rapporti, interessi, situazioni, ecc., che bisogna valutare in sé e per sé per vedere come e sino a qual punto sono regolati dall'ordinamento vigente. In modo particolare, i ' casi ' cui si applica il diritto costituzionale sono molto più complessi che non quelli, per esempio, del diritto privato, e quindi a rendersene conto spesso non basta una conoscenza empirica, ma è necessario l'aiuto di svariate scienze sociali ».

(82) Mi riferisco, per quel che riguarda la storiografia costituzionale, a P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1992, 22 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'apertura quantitativamente maggiore all'apporto dei metodi « ausiliari » (che continuano a considerarsi tali, di fronte a quello che si sottintende essere il « metodo giuridico ») ma non si trova una confutazione « qualitativa » delle indicazioni provenienti dalla tradizione.

19. Una discussione che oggi volesse riprendere da capo i termini della questione del rapporto tra storia e diritto costituzionale dovrebbe cercare di guardare al di là delle prime apparenze. Queste, mostrandoci costituzioni scritte, prodotte da assemblee legislative sovrane, dotate di potere costituente, potrebbero indurre a ritornare alle prime idee del costituzionalismo rivoluzionario: la vita costituzionale come attuazione della volontà costituente consegnata a un testo, la scienza del diritto come custode di tale volontà, l'elisione dell'efficacia di qualsiasi altra componente dell'esperienza costituzionale, l'eterogeneità di scienza del diritto costituzionale e storiografia costituzionale.

In breve, le apparenze sono indubbiamente per uno stretto positivismo legislativo della costituzione. Ma davvero si può ritenere che si sia oggi come duecento anni fa?

La realtà mostra differenze che, nell'insieme, determinano quasi un rovesciamento; un rovesciamento che può apparire un'opposizione. In sintesi, è mutata la prestazione fondamentale della costituzione: da « atto creativo » a « testo responsivo ». Ed è mutata la nostra posizione nei confronti della Costituzione: da obbedienti a interroganti. La Costituzione che esige soggezione al progetto politico-sociale che essa imperativamente stabilisce ha lasciato il posto alla Costituzione alla quale ci si rivolge per trovare risposte condivisibili agli interrogativi che sorgono dai casi difficili della vita costituzionale.

La ragione fondamentale di questo vero e proprio mutamento genetico sta nella caduta della sovranità. Essa ha trascinato con sé il *pouvoir constituant.* Il motore costituente, è stato detto efficacemente ([83]), si è fermato. Ma non si è per nulla annullata l'esigenza di costituzione. Solo che essa non può più essere considerata, come un tempo, il punto di partenza da cui si irradia una forza univoca e

([83]) M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, cit., 76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incondizionata, poichè è diventata piuttosto un campo di gravitazione, un punto d'arrivo e di convergenza del pluralismo politico e sociale (84).

Questo rovesciamento coinvolge la nozione di positività della costituzione. La costituzione rivoluzionaria si diceva positiva perchè creata una volta per tutte con un atto di volontà *iniziale*, chiuso nel tempo e irripetibile. Al contrario, la costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ri-creata continuamente dal concorso di molteplici volontà che, nel convergere verso di essa e secondo i modi di questa convergenza, la ridefiniscono continuamente nella sua portata storico-concreta. In breve, la positività della costituzione rivoluzionaria è *a priori*; della costituzione pluralista, è *a posteriori.*

Se si considera che, per quanto si è venuti dicendo, il ruolo delle scienze « eterogenee » rispetto a quella giuridico-costituzionale dipende per l'appunto da ciò che sia la positività della costituzione, si comprende che qui si è toccato il punto decisivo per tentare di chiarire in termini attuali il rapporto del diritto costituzionale con la storiografia costituzionale.

Ma prima di sviluppare questo punto conclusivo, occorre cercare di chiarire le ragioni, interne e esterne alla Costituzione, che impediscono ormai di considerarla quel *fiat* creativo sovrano che era un tempo e che impongono una visione dei rapporti con la vita costituzionale meno meccanica e più aperta alla spontaneità sociale e politica.

20. Nella realtà, vi sono differenze profonde che riguardano già i caratteri originari delle diverse costituzioni come documenti normativi e che concernono poi le condizioni costituzionali materiali specifiche nelle quali quei documenti si trovano a operare. A questo punto, i discorsi generali devono cessare, poichè ogni esperienza costituzionale fa caso a sé. E questo spiega il fatto che, sotto apparenze facilmente omologanti, ogni scienza costituzionale nazionale mantiene, malgrado le tante ragioni che portano alla convergenza in materia di costituzioni politiche, caratteristiche di metodo e di mentalità sue proprie.

---

(84) Per queste immagini, il mio *Il diritto mite*, cit., 8 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui, ci si limita alla Costituzione italiana del 1948.

Dal punto di vista dei caratteri originari, occorre considerare che la Costituzione vigente non può essere concepita come un « colpo di potenza, ordinante e sovrana », come una volontà che impone una forma, secondo la concezione classica del *pouvoir constituant.* Per evitare le semplificazioni, bisogna intendersi su questo punto, capitale per ogni teoria della costituzione.

La costituzione come imposizione implica una divisione tra dominante e dominato; presuppone storicamente una vicenda storica a due parti, l'una delle quali sia prevalsa sull'altra; si pone di necessità a conclusione di un periodo di guerra civile, reale o virtuale. La parte vincitrice, allora, « comanda » il suo ordine, impone la sua costituzione. Se non è così, se la questione non è un regolamento di conti tra nemici, ma è un coordinamento tra amici, la costituzione assume un carattere del tutto diverso, di reciproco riconoscimento e coinvolgimento.

La vigente Costituzione italiana è l'una cosa e l'altra.

È un comando costituente per tutto ciò che vale o in quanto vale a rendere attuale la sua connotazione antifascista. Per questo aspetto, si può vedere nel larghissimo voto costituente la volontà unitaria, alla stessa stregua del settecentesco *pouvoir constituant*, che chiude una partita politica. È da notare che non si tratta qui, forse, soltanto di una « parte » della Costituzione, indentificabile in questa o in quella disposizione (ad esempio le norme proibitive, dettate contro i pericoli del neofascismo). Si tratta piuttosto di una funzione delle norme costituzionali. La stessa norma (ad esempio, sulla libertà della persona o sulla libertà di opinione) in certe circostanze concrete può essere valsa per la difesa dell'ordinamento da intrusioni provenienti dal regime precedente, mentre in altre concorre a definire i contorni della disciplina, per esempio, della libertà nel processo penale o dei mezzi di comunicazione di massa. Solo nella prima direzione, queste norme valgono come comando costituente, mentre nella seconda esse entrano in uno schema del tutto diverso.

È interessante notare ([85]) che, quando valgono nel primo senso, le norme della Costituzione sono trattate dalla giurisprudenza — del

([85]) Sulla base dell'intuizione di R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 163.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto naturalmente, ma più istintivamente che consapevolmente — nella logica del comando, facendo uso delle tecniche di decisione proprie del positivismo legislativo. Per questo aspetto, diciamo così, militante si può parlare di un positivismo della Costituzione, che ci riporta alle concezioni originarie del costituzionalismo rivoluzionario.

Ma la Costituzione italiana non è soltanto questo. Per la parte, o in quanto essa si configura come atto di forze amiche, o concorrenti ma non ostili, la costituzione è propriamente una ricognizione obbligante dei valori politici in campo. Qui non ci sono tanti « comandi costituenti » quanti sono tali valori riconosciuti ma c'è piuttosto il riconoscimento o il rispecchiamento di una situazione pluralistica, accompagnato dal mutuo consenso al rispetto di tutte le posizioni riconosciute.

Forse, la raffigurazione di quel che sono le costituzioni di questo tipo potrebbe proprio essere questa: una ricognizione accettata di valori politici (effettuata con il voto tendenzialmente maggioritario sulle singole norme della Costituzione) che si unisce a un patto di comune soggezione ad essi (con il voto finale generale, tendenzialmente unanimistico, che vale come accettazione del principio *pacta sunt servanda* in materia costituzionale).

È possibile parlare di costituzione-accordo, di costituzione-contratto, ecc., purchè sia chiara l'approssimazione che sta in queste formule. Né la procedura costituente, né i contenuti costituzionali potrebbero dirsi contrattuali in senso proprio, per l'assorbente ragione che, tanto rispetto alla prima quanto rispetto ai secondi, non esistono né sono identificabili vere e proprie « parti ». Nella procedura, ciascuna « parte » è equivalente e fungibile a ogni altra, al fine della formazione della maggioranza; e la regola della maggioranza a sua volta non appartiene alle procedure della contrattazione, ove vale piuttosto l'unanimità.

Nei contenuti, poi, le norme costituzionali non costituiscono la fonte di diritti e di doveri differenziati e reciproci che qualifichino diversamente una « parte » dalle altre, come in un vero contratto. La Costituzione crea diritti e doveri « assoluti », non privilegi « relativi ». La Costituzione, in quanto costituzione moderna basata sull'uguaglianza, vale tutta per tutti. Pluralismo costituzionale non significa, al modo dell'*Ancien Régime*, somma di *enclaves* particolari, non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significa corporativismo. Quanto le varie parti costituenti pretendono venga sancito dalla Costituzione è spesso « particolare » quanto a provenienza, ma è certamente « generale » come contenuto, così come particolari e generali, nel medesimo senso, sono le ideologie politiche che pluralisticamente vengono riversate nella Costituzione.

Riassumiamo: la Costituzione pluralista non è né un comando né un contratto. Che cosa sia, lo si è cercato di dire distinguendo l'inserzione dei singoli contenuti dall'accettazione globale. Ma qui interessa che cosa non è, perchè ciò conduce a ritenere l'inapplicabilità (per la Costituzione del pluralismo, ribadisco) dei metodi della scienza giuridica elaborati dal positivismo in relazione ai testi espressivi di volontà o di accordi. In breve, non è sufficiente la teoria dell'interpretazione né della legge, né del contratto. L'interpretazione della costituzione pluralistica non può essere come l'interpretazione di una legge, poichè non c'è una volontà costituente che possa essere trattata come *intentio* del legislatore. Neppure può essere come l'interpretazione di un contratto, poichè nei singoli contenuti costituzionali non c'è nessuno scambio di consensi tra parti, nessuna reciprocità in funzione della determinazione di un punto di equilibrio.

L'essenziale è appunto questo: che nelle costituzioni pluralistiche, di regola, sono inseriti principi universali, l'uno accanto all'altro secondo le pretese avanzate dalle « parti », ma mancano la disciplina delle compatibilità, la soluzione delle « collisioni » e la fissazione dei punti di equilibrio. E questo è, per l'appunto, un compito della scienza costituzionale sul quale il positivismo legislativo, per la sua vocazione esclusivamente servente un diritto già bell'e fatto, non ha nulla da dire.

Tanto basta per sostenere, in prima approssimazione, l'irriducibilità della scienza giuridica della costituzione pluralistica all'esclusiva ricostruzione di significati testuali, quali espressioni di volontà normativa sovrana unilaterale, o di volontà normativa contrattuale plurilaterale. Non è sufficiente che essa pieghi il ginocchio di fronte a tali volontà, perchè i suoi compiti siano esauriti. La scienza del diritto costituzionale non può abdicare ad un ruolo autonomamente costruttivo, non le sarebbe possibile nascondere le sue responsabilità ostentando le certezze del positivismo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma questo è ancora poco, per intendere la novità dei caratteri attuali del diritto costituzionale. La sua autonomia dalla volontà costituente dipende oggi anche, e forse soprattutto, da ragioni esterne alla Costituzione come testo normativo.

21. Ciò che occorre considerare nella sua grande importanza è l'oramai avvenuto distacco della vita costituzionale attuale dall'epoca costituente. C'è stata una cesura. In termini jeffersoniani, la generazione dei viventi si ritiene pienamente emancipata da quella dei « padri », ha rotto il vincolo ereditario.

Non è nemmeno il caso di soffermarsi su questo: la generazione costituente non c'è più, né materialmente né spiritualmente e culturalmente. I soggetti politici attuali, per parte rilevante, non sono più quelli di allora. C'è un gran darsi da fare nella definizione di nuovi valori politici e di nuove identità e questo avviene passando accanto alla Costituzione, come se ad essa non potesse più riconoscersi alcun significato pregiudiziale. Addirittura, si è tentato, ad opera perfino della più alta carica dello Stato, l'atto rituale decisivo di ogni emancipazione: l'uccisione (simbolica) dei padri attraverso la delegittimazione del mito fondativo della loro autorità: la Resistenza, la riconquista dell'indipendenza e della libertà, la fondazione di una società più giusta, ecc.

La conseguenza è questa: è caduta la presunzione assoluta di legittimità della Costituzione. Il suo valore non è più un *a priori* della vita politica e sociale. Si è operato un rovesciamento che non condanna necessariamente la Costituzione ma che impone una conversione: non è più dalla Costituzione che si può guardare alla realtà ma è dalla realtà che si deve guardare alla Costituzione. Non interessa più, allora, quale è la volontà costituente che le formule scritte esprimono, poichè è diventata dubbia l'esistenza di un debito di fedeltà che a quella volontà ci leghi ([86]); interessa invece se, in quelle formule, noi possiamo trovare la risposta o almeno un inizio di risposta ai problemi politici e sociali del nostro tempo. Non è la

([86]) E infatti l'interpretazione della Costituzione come ricerca della « intenzione storica » del costituente è un evento sempre più raro, da segnalare ormai come eccezionale. Si veda un caso e il suo commento in M. DOGLIANI, *Il « posto » del diritto costituzionale*, di prossima pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costituzione che comanda, ma siamo noi che la interroghiamo e ci riconosciamo il potere decisivo, quello di formulare le domande che ci interessano.

La legittimità della Costituzione dipende allora non dalla legittimità di chi l'ha fatta e ha parlato per mezzo di essa, ma dalla capacità di dare risposte adeguate al nostro tempo o, più precisamente, dalla capacità della scienza costituzionale di cercare e trovare quelle risposte nella Costituzione. In breve: la Costituzione non dice, siamo noi che le facciamo dire. In un momento come è questo, non si sottolineeranno mai abbastanza le responsabilità della scienza costituzionale — in essa compresa quella scienza in azione che è la giurisprudenza costituzionale — nel mantenimento di un minimo di caratterizzazione costituzionale all'epoca presente.

È la rivoluzione ermeneutica applicata alla Costituzione. Ed è in questo quadro che devono essere riproposti tutti i temi metodologici del diritto costituzionale come scienza, anche quello oggetto di questo studio: costituzione e storia.

22. Per valutare specificamente l'apporto della storia a questo modo di concepire il diritto costituzionale, occorre cercare di determinare con precisione la posizione da cui si pongono le domande e si cercano le risposte di diritto costituzionale. Occorre cioè cercare di definire la posizione della scienza costituzionale e della giurisprudenza costituzionale che, di quella scienza, dovrebbe essere una funzione.

Riconosciuta l'insufficienza delle certezze positivistiche e abbandonato il terreno protetto della ricostruzione-esecuzione della volontà altrui, la scienza del diritto costituzionale non può trasformarsi in una libera ricerca che muove da premesse arbitrarie e mira a risultati parimenti arbitrari, usando la Costituzione come pretesto piegabile or di qua or di là, come meglio conviene.

Se, malgrado lo sfaldamento della Costituzione come volontà costituente, la Costituzione ha da essere intesa pur sempre come un quadro di riferimento che permette di distinguere quello che è da quello che non è costituzionale, occorrerà trovare nella Costituzione stessa le linee di questa distinzione. Ed esse sono date precisamente dalle sue disposizioni di principio.

Le norme costituzionali di principio non sono altro che la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formulazione sintetica, priva quasi di significato dal punto di vista della mera analisi del linguaggio, delle matrici storico-ideali dell'ordinamento. Esse, da un lato, dichiarano le radici e, dall'altro, indicano una direzione. Pongono un punto di riferimento nel passato e, nel medesimo tempo, orientano il futuro. I principi, in breve, dicono, da un lato, da quale passato si proviene, in quali linee di continuità il diritto costituzionale attuale vuole essere immerso; dall'altro, dicono verso quale futuro la costituzione è aperta. I principi sono, al tempo stesso, fattori di conservazione e di innovazione, di una innovazione che consiste nella sempre più pregnante e adeguata alle circostanze del presente realizzazione del germe primigenio che costituisce il principio.

Un esempio: quando la Costituzione proclama, come principio, l'inviolabilità della persona umana, prima di tutto inserisce la fase attuale del diritto costituzionale del nostro Paese nella grande tradizione dell'*habeas corpus* e poi impegna a sviluppare i mezzi di protezione fino ad ora escogitati, in modo da far fronte ai sempre possibili e nuovi pericoli. E analogamente, per tutti gli altri principi di cui è ricca la Costituzione.

L'interpretazione della Costituzione non è dunque, allora, un atto puntuale, a-storico, che si esaurisce nella ricerca purchessia della norma che soggettivamente pare, *hic et nunc*, la più conforme alle nostre aspettative. In una Costituzione basata su principi, l'interpretazione è l'atto che mette in rapporto un passato costituzionale assunto come valore e un futuro che ci si pone come problema da risolvere nella continuità.

Il futuro (anche l'immediato futuro rappresentato dal caso al quale si debba dare una risposta di diritto costituzionale) ci appare allora alla luce di una pre-comprensione, alla luce dei principi costituzionali. Ma questa pre-comprensione non può che essere una post-comprensione alla luce di nuovo dei principi che ci consentono di raggiungere la consapevolezza storico-culturale della vicenda costituzionale di cui siamo partecipi, nel correre delle epoche politiche e sociali. E ogni precomprensione si trasforma immediatamente in un arricchimento della postcomprensione, alimentando di sè la storia dei principi costituzionali, una storia fatta da un continuo riferimento « circolare » alla loro portata iniziale ma continuamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rivitalizzata e alimentata alla luce dei casi sempre nuovi e imprevedibili che il tempo incessantemente fornisce (87).

Per il gusto delle simmetrie, si potrebbe concludere così. La costituzione della Rivoluzione guardava soltanto avanti. La costituzione della Conservazione guardava soltanto indietro. Le costituzioni del nostro tempo guardano al futuro tenendo fermo il passato, cioè il patrimonio di esperienza storico-costituzionale che esse vogliono salvaguardare e arricchire. Anzi, si potrebbe anche dire così: che passato e futuro si legano in un'unica linea e, come i valori del passato orientano la ricerca del futuro, così all'opposto le esigenze del futuro costringono a una continua puntualizzazione del patrimonio costituzionale che viene dal passato e pertanto a una continua ridefinizione dei principi della convivenza costituzionale. La « storia » costituzionale non è un passato inerte ma è la continua rielaborazione delle radici costituzionali dell'ordinamento che ci è imposta nel presente dalle esigenze costituzionali del futuro.

La dimensione storica del diritto costituzionale non è allora un accidente inessenziale, qualcosa soltanto che soddisfa il nostro gusto per le antichità o la curiosità verso le realizzazioni dello spirito umano. Potrebbe essere un elemento costitutivo del diritto costituzionale attuale, ciò che gli consentirebbe di dare un senso alla sua opera nel tempo in cui la scienza del diritto costituzionale si decidesse a prendere atto che non esiste più alcun padrone che richiede di essere servito, al contrario di quello che accadeva una volta.

---

(87) P. HABERLE, *Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem « zeit-gerechten » Verfassungsvertändnis* (1974), ora in *Verfassung als öffentliche Proze*β, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, specialmente 78 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LA STORIA DEL DIRITTO E I SUOI DIVERSI DESTINATARI

La storia del diritto nelle Facoltà di Scienze Politiche

Testimonianze di:

Vittor Ivo Comparato
Lorenzo Ornaghi
Pierangelo Schiera

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le facoltà di scienze politiche sono nate in Italia, come è noto, durante il ventennio fascista. Nel 1924 furono fondate scuole di scienze politiche — poi trasformate in facoltà — a Roma, Padova e Pavia. Corsi di laurea in scienze politiche vennero istituiti, poco dopo, nelle principali facoltà di giurisprudenza. Nel 1927 fu la volta di Perugia, dove fu impiantata una facoltà « fascista », con l'esplicita intenzione di farne un seminario di intellettuali di regime. In generale, le facoltà di scienze politiche erano destinate alla formazione di un personale che avrebbe dovuto inserirsi nella nuova e sempre più importante sfera della mediazione tra stato e società: burocrati, quadri di partito, giornalisti, dirigenti sindacali [1]. Anche la formazione di personale diplomatico, per la quale era stata costituita la prima scuola superiore in Italia, l'Istituto « Cesare Alfieri » di Firenze, era concepita come un *iter* del tutto particolare, che comportava la conoscenza dell'economia e una competenza specifica nella gestione della comunicazione politica.

L'istituto « Cesare Alfieri », che era il modello delle nascenti facoltà di scienze politiche, aveva avuto a sua volta come modello, nel 1876, l'*Ecole libre des Sciences Politiques* di Parigi, nata agli albori della III Repubblica sotto l'influenza del pensiero di Hippolyte Taine. Della consorella francese la scuola fiorentina aveva ripreso, sin nella intitolazione di « Scuola di Scienze Sociali », la spinta a distinguersi dalle istituzioni universitarie e in particolare dalle facoltà di giurisprudenza.

Les différences entre les facultés de droit et les institutions qui vivent particulièrement les Sciences d'Etat consistent d'abord dans la méthode

---

[1] M.C. Giuntella, *La facoltà fascista di scienze politiche di Perugia e la formazione della classe dirigente fascista*, in *Politica e società in Italia dal fascismo alla resistenza*, a cura di G. Nenci, Bologna, 1978, pp. 293 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des études et dans les proportions inverses attribuées aux matières juridiques et aux matières économiques en rapport avec les unes ou avec les autres.

Così scriveva nel 1889 il segretario del « Cesare Alfieri » Atto Corsi al direttore della scuola francese Boutmy (2).

L'idea che le scienze dello stato, per acquisire una loro identità, dovessero affrancarsi dal solenne e formale sistema delle partizioni giuridiche consacrate negli ordinamenti delle facoltà di giurisprudenza era dunque iscritto sin dall'origine nelle intenzioni dei fondatori liberali di queste scuole, sia francesi che italiani. Questa intenzione divenne naturalmente tanto più forte nella prospettiva perseguita dal regime di spostare il rapporto tra lo stato e l'organizzazione politica destinata a gestire il consenso e il controllo sociale (il partito unico) tutto a favore di quest'ultima.

Nella sua forma più estrema — come accadeva a Perugia dove si erano concentrati alcuni *maîtres à penser* del regime, soprattutto ex sindacalisti rivoluzionari — questo spostamento significava orientare la preparazione dei nuovi « operai dello Stato » (come scriveva Panunzio) verso la « mistica fascista », il giornalismo e le materie sindacal-corporative: tutto ciò in aperta polemica contro « la cultura " giuridico-formalistica " della Facoltà di Giurisprudenza, che aveva fornito i burocrati dello Stato liberale » (3). Il distacco comparve invece in forma molto più attenuata nelle altre facoltà. La scienza politica non ebbe in realtà tutta l'autonomia che si proponeva e venne concepita in sostanza come una risultante, la sintesi di percorsi formativi già solidi e affermati. A Roma, per esempio, la scienza politica era situata, come materia, all'ultimo anno. L'ordinamento didattico prevedeva, per gli anni precedenti, il diritto privato e pubblico interno e comparato, la statistica, l'economia e la politica economica, la storia politica ed economica, la geografia e il gruppo delle discipline internazionalistiche: niente di diverso da quanto è tuttora insegnato nelle facoltà di scienze politiche al primo biennio, se si eccettuano la sociologia e la storia contemporanea.

A guisa di introduzione alla sfera giuridica venne prescelta non

---

(2) G. QUAGLIARIELLO, *I rapporti tra il ' Cesare Alfieri ' e l'*Ecole Libre des Sciences Politiques *attraverso sette documenti inediti*, in *Il Pensiero Politico*, XXV, 1992, p. 260.

(3) M.C. GIUNTELLA, *art. cit.*, p. 300.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la storia, ma la filosofia del diritto, insegnata nel primo anno di corso da Giorgio Del Vecchio, che era anche il direttore della Scuola. Anche nelle facoltà di scienze politiche si affermava, dunque, il clima antipositivistico del periodo. Come nella scuola superiore, così nell'università si faceva leva sulla formazione filosofica. D'altra parte, un approccio al diritto dal lato della storiografia avrebbe comportato una proiezione verso il mondo antico e medievale, cioè in senso decisamente contrario alla spinta verso la modernizzazione, di cui le nuove facoltà volevano essere l'espressione e lo strumento.

Il fatto che, per numero di facoltà e di studenti, le facoltà di scienze politiche non siano riuscite a scalzare il primato delle facoltà di giurisprudenza nella formazione dei funzionari pubblici non toglie che il loro impianto originario sia stato molto durevole. Nel secondo dopoguerra esse hanno ripreso la loro funzione formativa negli stessi settori; l'area comune alle due facoltà è rimasta immutata e così pure il loro diverso modo di introdurre gli studenti alla sfera giuridica: attraverso la storia del diritto nelle prime e attraverso la filosofia del diritto nelle seconde.

Questa sommaria incursione nel periodo delle origini può spiegare il posto particolare che la storia del diritto (intesa in senso lato) ha avuto nelle facoltà di scienze politiche: non automatico, non diretto. Una formazione storico-giuridica è stata raggiunta, per così dire, attraverso un percorso più tortuoso, ovvero è stata perseguita con una scelta volontaria di dialogo scientifico, per la vicinanza dell'oggetto o del metodo di ricerca.

Occorre dunque distinguere il caso della formazione ordinaria degli studenti da quello della vita scientifica nelle università italiane del dopoguerra. Chi avesse frequentato una facoltà di scienze politiche nei primi anni '60 difficilmente avrebbe incluso nel proprio curriculum didattico una disciplina di « Storia del diritto italiano », per quanto essa fosse prevista in alcuni statuti delle facoltà tra le discipline complementari. Il primo incontro con la sfera storico-giuridica avveniva, secondo la mia esperienza, per via indiretta. I manuali di diritto privato e di diritto pubblico iniziavano normalmente con capitoli introduttivi di carattere storiografico. Attraverso la storia moderna si apprendeva la trasformazione delle istituzioni statuali; con la storia delle dottrine politiche le relative teorie dello stato. Ma il diritto come tale si presentava nelle vesti della *filosofia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto: vale a dire non come successione di istituti, ciascuno risultante da interazioni ed adattamenti delle norme alla società, ma come complesso normativo-etico-intellettuale.

Ad un giovane che avesse iniziato la propria formazione presso una facoltà di scienze politiche in quegli anni, il diritto sarebbe certo apparso più interessante per le sue caratteristiche di edificio razionale e formale che per la sua storicità. Ricordo quanto fascino avevano per la mia generazione le discussioni sui « compiti del giurista » (è il titolo di una prolusione di Sergio Cotta del 1965-66): se il suo fosse un mestiere puramente tecnico ovvero consentisse il perseguimento di un fine morale e sociale. Dopo la filosofia appresa al liceo, attraverso il diritto si verificava un nuovo incontro con la sfera etica, e, per coloro che avevano ingenuamente scelto le scienze politiche perché politiche, il primo vero incontro con la sfera etica pubblica.

Nel 1969 le facoltà di scienze politiche ebbero un nuovo ordinamento, muovendosi così contro-corrente rispetto alle prevalenti tendenze liberalizzatrici dell'università italiana. Furono creati un biennio comune e cinque indirizzi di specializzazione: internazionale, sociale, economico, storico e amministrativo. La filosofia del diritto sparì dalle materie di base. Rimasero i diritti privato e pubblico e fu fatto posto alle storie, ma non alla storia del diritto. Il fatto che la storia del diritto italiano avesse così a lungo ristretto il proprio campo di studio all'età medievale non facilitava, infatti, la sua integrazione nelle facoltà di scienze politiche, sempre più protese verso la comprensione della realtà sociale e politica contemporanea. Quasi sempre, quella parte dello studio storico-giuridico che era più lontana dalla filologia del diritto medievale e metodologicamente più distante da interessi teoretici e formalistici, è stata accolta nelle facoltà attraverso altre discipline: teoria generale del diritto, dottrina dello stato, storia delle istituzioni politiche. La storia delle istituzioni, infatti, se si tiene presente che quelle particolari istituzioni che sono i partiti e i sindacati sono studiate e insegnate a parte, si è risolta spesso nell'analisi storica dello stato italiano dopo l'unità. Tutto quanto concerne le codificazioni, la storia degli organismi giudiziari e delle istituzioni rappresentative centrali e periferiche, la storia dell'amministrazione è stato ricompreso nella storia generale o insegnato in forma specialistica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La storia del diritto italiano figura nella maggioranza degli statuti delle facoltà italiane di scienze politiche per gli indirizzi storico e amministrativo (4), risultando alternativamente parte integrante di una formazione storica o di una conoscenza professionale del diritto. E in questi due ambiti ha svolto e svolge una funzione importante, ma complementare.

Tutt'altro discorso occorre fare per quanto riguarda la presenza della storia del diritto nella ricerca scientifica delle facoltà di scienze politiche. Questa vicenda, che riguarda gli ultimi trenta anni, rappresenta un aspetto importante ed esemplare della vita intellettuale italiana. Credo che non sia retorico definire questa vicenda come un nuovo incontro tra la storia e il diritto: un incontro che ha trasformato profondamente la storiografia in generale ed anche la storiografia giuridica. Facendo ricorso alla mia esperienza personale di laureato in scienze politiche, devo dire che la scelta della storia intellettuale napoletana in età moderna come campo di studio, sotto la guida di Salvo Mastellone, mi pose subito a contatto con la storia giuridica. Non era infatti possibile scindere la storia filosofica, scientifica, politica, di quel gruppo intellettuale che fu definito da Salvo Mastellone « ceto civile », dalla storia del diritto: quel mondo e quegli uomini rappresentavano l'estrema propaggine di una cultura profondamente giuridica — il diritto romano-comune in cui tutti si erano formati — e allo stesso tempo la coscienza della sua crisi. Era una cultura giuridica che negava la propria separatezza dalla rivoluzione del moderno, che desiderava esserne coinvolta e travolta: una cultura, insomma, alla ricerca di un nuovo « compito del giurista ». Questa era la chiave che gli stessi protagonisti — Francesco D'Andrea, Giuseppe Valletta, Giambattista Vico, Pietro Giannone — offrivano ai loro interpreti.

Alla fine degli anni '60, anche la storia del diritto andava allargando vigorosamente il proprio campo di studio e affrontava i nuovi problemi intepretativi e filologici posti dall'età moderna e dall'età contemporanea. Gli studi di Astuti sulla formazione dello stato moderno in Italia, di Ajello sul pre-illuminismo giuridico, di Piano Mortari sul diritto nazionale in Francia sono stati i punti di

(4) Lo hanno, ad esempio, le facoltà di Perugia e di Torino, e l'istituto « Cesare Alfieri » di Firenze con la specificazione « moderno e contemporaneo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferimento degli storici delle idee, che si occupavano di quella non secondaria congiuntura della storia intellettuale italiana. Subito dopo ebbero inizio i « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », diretti da Paolo Grossi. Con Grossi, Sbriccoli e Costa il colloquio e la collaborazione scientifica è stata altrettanto intensa e importante. Se dal lato degli storici veniva la domanda di conoscenza di istituti e di idee giuridiche moderne, da parte degli storici del diritto si affermava la necessità di conoscere gli operatori oltre che le idee, le idee politiche e filosofiche oltre che quelle giuridiche.

Accettare l'idea della intrinseca « politicità » del diritto medievale e moderno poteva essere difficile per i culturi della scienza giuridica come vera e unica scienza politica — *ars boni et equi* — ma era invece immediatamente persuasiva per gli storici. D'altra parte, che gli uomini di diritto — giuristi, avvocati, magistrati — potessero e dovessero essere studiati come ceto, portatore di interessi sociali, depositario di una cultura generale e non solo di una cultura giuridica, è stato un insegnamento venuto anche dalla Francia, da parte di Roland Mousnier e del gruppo di studiosi che faceva parte del « Centre d'études sur la civilisation de l'Europe moderne ». Mousnier, come storico della venalità degli uffici e come erede del metodo di Pagès e di Olivier Martin, studiava i « corps d'officiers »: il « conseil du roi », i « maîtres des requêtes », i « secrétaires du roi », gente di legge e talvolta anche di dottrina. I collaboratori lavoravano su singoli personaggi, ma ciò che più contava erano gli elementi comuni o ricorrenti, non quelli individuali. Tanto è vero che si usavano largamente strumenti statistici per sintetizzare le tendenze evolutive di un organo o di una corporazione di giuristi. Due membri del Parlamento di Parigi avrebbero potuto essere acerrimi nemici dal punto di vista teorico, sostenitori del *mos gallicus* e del *mos italicus*, ma, all'analisi prosopografica, avrebbero rivelato una medesima o simile provenienza, analoghe strategie matrimoniali, patrimoniali e culturali.

Anche la teoria politica sembrava risentire più dell'appartenenza cetuale che della formazione giuridica in senso stretto. Nella seconda metà del '500 era avvenuto ovunque in Europa una sorta di divorzio tra giuristi-professori (ad esempio Cujas) e giuristi-politici (ad esempio Bodin). Questi ultimi avevano dimostrato con le opere, ecletti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che dal punto di vista teorico, ma innovative dal punto di vista politico, la fondamentale plasticità della scienza giuridica moderna.

Ci si può chiedere quanto rilievo per la ricerca abbia avuto il fatto che molti degli storici delle idee più vicini alla storia del diritto abbiano lavorato nell'ambito delle facoltà di scienze politiche. Ritengo che una connessione vi sia e che essa vada ravvisata nel fatto che le facoltà di scienze politiche sono diventate, in fondo, facoltà di scienze umane, interdisciplinari, molto flessibili e tendenti a fornire strumenti plurimi di approccio alla realtà. L'incontro — e talvolta l'integrazione scientifica — tra storia giuridica e storia delle idee non è stato senza conseguenze anche sul piano dell'insegnamento: la dimensione giuridica è oggi molto più presente agli storici e la storia del diritto è valutata pienamente come uno dei nodi fondamentali del processo di modernizzazione.

Quale sarà il futuro immediato della storia del diritto come disciplina nell'ambito delle facoltà di scienze politiche è invece più difficile da prevedere. Le facoltà di scienze politiche si vanno ulteriormente trasformando e manifestano una tendenza sempre più accentuata verso la specializzazione. Se ci saranno tanti corsi di laurea quanti sono attualmente gli indirizzi, l'inclusione della storia del diritto nei singoli piani di studio sarà una scelta affidata ai corsi di laurea. Nei corsi di laurea in scienze diplomatiche si riverserà una vivace domanda di informazione sulla realtà europea ed internazionale. Quest'ultima si gioverebbe notevolmente di una conoscenza della storia giuridica dei singoli paesi e culture.

Sono previsti corsi di laurea in scienze sociali, scienze economiche e scienze amministrative. In quest'ultimo corso, la storia del diritto dovrebbe avere una funzione formativa analoga a quella svolta nelle facoltà di giurisprudenza. Quanto agli storici, il loro ruolo è destinato, nella tabella attualmente in discussione, a fare da supporto alla formazione di un generico « scienziato politico », senza specializzazioni. Non è, tutto sommato, la situazione peggiore: somiglia alla condizione dell'umanista nell'età dell'oro della storia del diritto, ed è la più propizia a determinare la collaborazione tra tutti i rami della storiografia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LORENZO ORNAGHI

1. Quali destinatari della 'Storia del diritto medievale e moderno' nel campo di studi delle scienze politiche? E a chi indirizzare, così che ne fruisca seguendo liberamente inclinazioni e interessi scientifici, o la coltivi avvertendone la necessità nel proprio itinerario di formazione professionale e culturale, una disciplina che da molto tempo siede nelle facoltà di Scienze politiche come se fosse un convitato di pietra?

Il nostro « Incontro di studio », interrogandoci sull'insegnamento odierno di questa disciplina, direttamente pone anche la questione di quali siano gli interlocutori, attuali e possibili, della 'Storia del diritto medievale e moderno'. Gli interlocutori sono un elemento essenziale nel processo con cui una disciplina 'comunica' (poco importa qui se in forma didattica, o ad altri uditori della comunità scientifica) il proprio discorso. Sono altrettanto essenziali — in un modo però assai più delicato, perché costitutivo della stessa retorica della scienza — all'interno del processo di costruzione del discorso scientifico. 'Costruzione' e 'comunicazione' quasi sempre si intrecciano e si sostengono a vicenda. Quando capita che fra l'una e l'altra si manifestino incoerenze o sfasature temporali, e che queste rapidamente si allarghino e diventino incomponibili, ciò è di norma il segno che sono ormai avvenute trasformazioni entro l'insieme dei discorsi in cui la disciplina svolge il suo ruolo e rappresenta la sua identità. Più o meno lentamente a seconda del loro grado di burocratizzazione, le 'sedi' in cui (e anche grazie a cui) la disciplina si è istituzionalizzata possono allora risultare non del tutto confacenti al gruppo dei nuovi e vecchi interlocutori. Se invece si giudica che lo sono ancora, l''organizzazione' della comunicazione (in questo caso, sia quella didattica sia quella indirizzata alle discipline che o erano un tempo limitrofe alla disciplina o le sono adesso più contigue) diventa ancora più importante al fine di non far perdere il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passo alla costruzione e al processo di innovazione del discorso scientifico.

2. Assai più di altre, la facoltà di Scienze politiche ha conosciuto in questi ultimi decenni trasformazioni radicali e si è scostata con rapidità dal suo modello originario. Com'è forse noto, questo modello prende forma all'indomani della riforma gentiliana, quando — con l'istituzione di scuole di scienze politiche e sociali, che nel volgere di pochissimi anni si trasformano in facoltà (1) — giunge a compimento la lunga serie di progetti e iniziative con cui, già dalla seconda metà dell'Ottocento, si era cercato di costituire un campo specifico e autonomo di studi 'politico-amministrativi' (2).

Non disponiamo ancora di una ricostruzione complessiva delle origini di quelle scuole. E soltanto cercando di comporre i tasselli, ricavabili dalle analisi che in questi ultimi decenni non per caso si sono andate infoltendo sul clima culturale-ideologico e sull'organizzazione politico-statale fra Otto e Novecento, riusciamo a comprenderne lo spirito di novità e le loro congenite contraddizioni. Come sempre, i nomi immediatamente rivelano, cristallizzandole, ambizioni e ambiguità dei tentativi di denotare 'cose' per le quali non si posseggono o non si è in grado di coniare termini più originali e

---

(1) Sulla nascita della facoltà e sulla questione della sua coincidenza cronologica con l'avvento del regime fascista rinvio a A. COLOMBO e L. ORNAGHI, *Le facoltà di scienze politiche di Pavia e della Cattolica: due casi di « autonomia » negli studi universitari,* in AA.VV., *Cultura e società negli anni del fascismo*, Milano, Cordani Editore, 1987, pp. 323-360 (il saggio è corredato da una « Appendice » in cui si elencano i titolari dei principali insegnamenti impartiti, dall'a.a. 1925-1926 all'a.a. 1942-1943, nelle due facoltà).

(2) Basti pensare al favore mostrato da Marco Minghetti e poi da Vittorio Emanuele Orlando per « corsi speciali di discipline politiche e amministrative »; o al regolamento-Bonghi del 1875, e all'istituzione a Roma nel 1878, per opera di Francesco De Sanctis, di un « corso complementare di scienze economico-amministrative ». Ma sempre come esempi si ricordino, ancor prima, gli scritti e l'attività di Gian Domenico Romagnosi per le milanesi scuole speciali (cfr. L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi.* II: *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, particolarmente pp. 17-27), i progetti di Carlo Cattaneo, la proposta di Angelo Messedaglia per un « insegnamento speciale politico-amministrativo » (cfr. R. ROMANI, *Romagnosi, Messedaglia, la « scuola lombardo-veneta »: la costruzione di un sapere sociale*, in R. CAMURRI (a cura di), *La scienza moderata. Fedele Lampertico e l'Italia liberale*, Milano, Franco Angeli, 1992, pp. 177-210).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

convenienti. Gaetano Mosca, nel dare alla luce sul finire del secolo i suoi *Elementi di scienza politica*, si era premurato di mostrare, con una nota a piè di pagina, come il nome 'scienza politica' fosse entrato in una stagione di nuova vitalità con la seconda parte dell'Ottocento (3). Dal 1884 era iniziata la prima serie della « Biblioteca di Scienze Politiche », e il suo direttore, Attilio Brunialti, aveva apposto alla « Introduzione generale » il significativo titolo *Le scienze politiche nello Stato moderno* (4).

In effetti, mentre per un verso le 'scienze politiche' dichiaravano — rispetto (spesso) all'' oggetto' del discorso scientifico, e rispetto soprattutto alla formazione dei primi cultori — la loro diretta derivazione dalle discipline giuspubbliciste (e però, quanto ai temi fondamentali del 'governo' e dell''amministrazione', intendevano distinguersi da queste proprio in ordine al 'metodo'), per un secondo verso avvertivano in modo ambivalente il fascino di quella sociologia che, nell'età del positivismo, si era diffusa in Italia senza peraltro un consistente sviluppo (5). Insomma, è l'ottocentesca coppia categoriale 'Stato-società' — con il suo carico di antinomie volutamente esibite o irrisolte, di astrazioni scientificizzanti e già (talvolta) ideologiche, di sinteticità e di crescente consapevolezza di quanto fosse difficile ricomporre le parti dentro una compatta e superiore totalità — a far da stella polare all'endiadi 'scienze politiche e sociali'.

Se, sfidando il rischio di incorrere in qualche lieve anacronismo, si volesse formulare in termini più attuali la novità e una genetica contraddizione di quelle prime scuole, si potrebbe ripetere un'os-

---

(3) Si veda G. Mosca, *Elementi di scienza politica* (1896), in *Scritti politici*, a cura di G. Sola, Torino, Utet, 1982, vol. II, p. 552.

(4) Sulla « scienza politica sperimentale » di Attilio Brunialti e sulla sua funzione rispetto a una « cultura politica nazionale », cfr. R. Gherardi, *L'arte del compromesso. La politica della mediazione nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1993, particolarmente pp. 54-63.

(5) Cfr., a questo proposito, F. Barbano e G. Sola, *Sociologia e scienze sociali in Italia. 1861-1890*, Milano, Franco Angeli, 1985. Per cogliere le principali analogie, e anche le rilevanti specificità, della situazione dell'Italia rispetto alla Francia e alla Germania (tema cui fra poco accennerò ipotizzando una 'provincialità' delle nostre scienze in ordine al tema della società), cfr. P. Wagner, *Sozialwissenschaften und Staat: Frankreich, Italien, Deutschland 1870-1980*, Frankfurt a.M., Campus Verlag, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servazione svolta da Paolo Farneti, e rilevare come esse già preavvertissero del processo per cui, al trasformarsi dello Stato in uno Stato sempre più « di società politica », le scienze politiche erano destinate a « dividersi sostanzialmente in due diramazioni, socio-centrica e polito-centrica » (6). Due diramazioni, va aggiunto, che poi troveranno continuo alimento in una specificità (mai del tutto chiarita nelle sue origini e nelle sue forme principali) della 'cultura' italiana fra Otto e Novecento. Inserite a pieno titolo nel dibattito europeo quando indicano il loro 'centro' nello Stato, le scienze politiche appaiono più 'provinciali' (7), allorché si orientano a individuare tale centro nella società. Significativamente, i richiami che a lungo vengono lanciati dal gigantesco tentativo di edificare il 'sistema' delle scienze sociali suonano assai più forti e seducenti nel primo che non nel secondo caso. Altrettanto significativamente (ma qui, davvero, la costruzione del discorso scientifico e i suoi svolgimenti si legano a filo doppio al 'dato' particolare, e mai 'freddo' o reso completamente 'puro', della politica e dell'impianificabile trasformarsi dell'organizzazione del potere), lo Stato rimarrà a lungo, in Italia, l'elemento che nel definire il dominio delle scienze politiche è assai più rilevante di quello della società.

Certo è che, non appena istituite nel 1924 la scuola di Scienze politiche e sociali a Padova e a Pavia, di Scienze politiche a Roma, nel 1926 quella di Scienze politiche, economiche e sociali presso l'Università Cattolica di Milano, e poi, nel biennio successivo, con l'apertura di corsi di laurea a Bari, Genova, Palermo (8), le 'scienze politiche' (in cui rilevante è il peso delle discipline storiche) paiono

---

(6) P. FARNETI, *Lineamenti di scienza politica*, Milano, Franco Angeli, 1990, p. 40 e p. 39.

(7) Così sembra, almeno, guardando alla letteratura (che non per caso, si diceva, si è andata infoltendo in questi ultimi due decenni) sui sistemi culturali-'ideologici' e sulla concreta organizzazione del potere fra Otto e Novecento. Resta da verificare, naturalmente, se questa ipotesi sia soprattutto o soltanto avvalorata dal fatto che, per ora, alle numerose indagini ruotanti attorno alla 'centralità' dello Stato nella politica non ha corrisposto una serie di ricerche altrettanto adeguate sui caratteri costitutivamente politici della società.

(8) Caso storicamente a sé, com'è noto, risulta la vicenda della fiorentina facoltà di Scienze politiche: cfr. C. CURCIO, *Carlo Alfieri e le origini della Scuola fiorentina di scienze politiche*, Milano, Giuffrè, 1963 (di cui occorre anche vedere l'appendice *Di alcuni antichi accenni all'insegnamento delle scienze politiche*, pp. 83-91).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in posizione di sudditanza e di virtuale o già effettivo antagonismo rispetto alle scienze giuridiche. Del resto, in queste nuove 'sedi' dove si avvia la costruzione delle forme di comunicazione e si consolida il discorso delle scienze politiche, il corpo docente resta formato in gran parte da professori delle facoltà di Giurisprudenza (9).

Alleviata assai poco, e anzi ufficializzata, questa condizione di sudditanza sembra ripetersi allorché, col R.D. del 28 novembre 1935, vengono tassativamente determinati gli insegnamenti necessari al conseguimento di ogni tipo di laurea (10). La facoltà di Scienze politiche assume allora quell'uniforme che dismetterà più di trent'anni dopo, al realizzarsi del faticoso e combattuto progetto di riforma Maranini-Miglio (o Maranini-Miglio-Sartori) (11). Il rapporto di servitù comincia ad allentarsi e a sciogliersi dalla fine degli anni Sessanta, sul filo soprattutto di una crescente e forte istituzionalizzazione non già delle 'scienze politiche' in generale, bensì, al

---

(9) I quali, assai spesso, sono gli ideatori e artefici delle nuove facoltà o corsi di laurea. Si pensi solo a Pietro Vaccari, primo preside della facoltà pavese di Scienze politiche: da lui è tenuto il corso che, già denominato 'Storia delle istituzioni politiche' nell'a.a. 1926-1927, si intitolerà successivamente 'Storia delle istituzioni pubbliche'.

(10) Cinque (fra i diciannove insegnamenti fondamentali richiesti per essere ammesso all'esame di laurea, ai quali sono da aggiungere le prove d'esame in due lingue straniere moderne) risultano le discipline giuridiche fissate dal R.D. n. 2044:1) Istituzioni di diritto privato; 2) Istituzioni di diritto pubblico; 3) Diritto internazionale; 4) Diritto corporativo; 5) Diritto pubblico comparato. Va ricordato che, prima della riforma Maranini-Miglio, la facoltà subirà lo scandaloso inserimento, come materia d'insegnamento fondamentale, di 'Istituzioni di diritto penale' (poiché grande è la forza d'inerzia di talune cattedre, l'insegnamento è ancora attivo in talune facoltà di Scienze politiche). Attualmente, per quel che mi consta, è possibile conseguire la laurea in Scienze politiche anche se si sostiene un solo esame di materia giuridica (nel caso a me noto, 'Istituzioni di diritto pubblico').

(11) La 'storia' di questo progetto, non ancora scritta, è ricostruibile con gran parte degli appunti e dei documenti conservati da Gianfranco Miglio nel suo archivio personale. Quando la si scriverà, risulteranno certamente interessanti e magari sorprendenti sia le testimonianze sulle incomprensioni o resistenze della burocrazia ministeriale, sia la riflessione sul particolare incrocio tra le concezioni personali e le visioni 'corporative' di che cosa fosse e dovesse essere ciascuna disciplina all'interno delle scienze politiche, sia — infine, e in modo del tutto rilevante per dar conto storicamente dell'adattamento italiano del *social piecemeal engineering* negli anni Sessanta — le forme con cui si composero e si cercarono di mediare tra loro le differenti esigenze di 'progresso scientifico' delle scienze politiche con le ambizioni di innovare in radice la funzione dell'istituzione-Università rispetto alla società.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loro interno, delle discipline politologiche in senso stretto. Con una vicenda che sarebbe ormai tempo di ricostruire (12), e in cui tendenze o inclinazioni caratterizzanti la 'cultura' italiana post-bellica si saldano o si oppongono — come spesso accade — a interessi, simpatie o refrattarietà per il nuovo, passioni grandi e piccole di personalità dell'accademia, le scienze politiche si svincolano dalle giuridiche, e frequentemente, anzi, interpretano e legittimano il loro processo di autonomizzazione assumendo come scansione 'decisiva' proprio questo affrancamento. Dal chiudersi degli anni Sessanta fino ai nostri giorni, la comunicazione delle scienze politiche con le scienze sociali diventa sostenuta. Si rarefanno e sempre più spesso s'inceppano, invece, non soltanto le forme di comunicazione con le scienze giuridiche, ma anche quelle con le discipline storiche tradizionalmente ricomprese dentro il vecchio *corpus* delle scienze politiche (13).

Non può allora stupire che in non poche facoltà di Scienze politiche la 'Storia del diritto' (o meglio la sua 'rappresentazione': ma, si sa, le rappresentazioni son ben dure a morire, soprattutto nell'accademia) sembri tutt'oggi evocare la vestale arcigna od ormai innocua, e il simbolo un po' sbiadito, di pratiche storiografiche e di un sistema delle scienze giuridiche che furono compagni di strada fin troppo anziani e non sempre graditi nell'ormai lontana infanzia delle scienze politiche a noi contemporanee (14).

---

(12) Ma si veda, per quel che riguarda la 'Scienza della politica', la precisa ricostruzione di L. MORLINO, *Ancora un bilancio lamentevole?,* in L. MORLINO (a cura di), *Scienza Politica*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1989, pp. 5-52.

(13) Ancor più del prevalere, in ogni singola facoltà, della 'Storia moderna' piuttosto che della 'Storia contemporanea', l'esempio più interessante credo sia fornito a tal proposito dalla parabola dell'insegnamento comunemente denominato, prima della riforma Maranini-Miglio, 'Storia dei trattati e politica internazionale' (ma ancor più di rilievo, va aggiunto, sarebbe uno studio sereno sull'evolversi dei rapporti tra lo sviluppo delle discipline più propriamente politologiche e quello della 'Storia delle dottrine politiche'). È anche da osservare che ora, per i progetti di aggiornamento in corso di elaborazione, i *puncta dolentia* parrebbero aumentati e assai acuiti, giacché nel 'corpo' delle scienze politiche ci si trova a dover comporre e far accomodare, accanto agli insegnamenti *lato sensu* più 'politici', non solo le tradizionali discipline storiche e ciò che resta di quelle giuridiche, ma anche le economiche e le sociologiche, con una parte non piccola (soprattutto per le seconde) delle loro filiazioni specialistiche.

(14) Pochi sono infatti i casi in cui la 'Storia del diritto' è insegnamento previsto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Il procedere scientifico delle discipline, seppur possa essere rallentato dal burocratizzarsi delle sedi in cui esso prevalentemente si svolge, non ne è mai condizionato per intero; né, per fortuna, tollera più di tanto la condizione di venir ostacolato da stereotipi soffocanti e pigri abiti mentali. Le discipline presentano non di rado un andamento che sembra disegnare parecchi *loops*. Ma un *loop*, quasi sempre più rappresentativo e figurato che reale, non segnala di necessità il ritorno a problemi antichi, di metodo e d'analisi, che si riaprono perché creduti non sciolti o mai risolti. Esso invece rivela, di solito, che una disciplina sta assumendo la 'riflessione sul proprio oggetto' come 'oggetto di riflessione', e che, acutizzatasi la percezione dell'urgenza di 'innovazione', sta in tal modo legando la ridefinizione di se stessa alla riconsiderazione della propria 'storia' scientifica. Negli ultimi anni ciò è successo non infrequentemente in molti settori della sociologia e anche nelle scienze politiche, sintomo ulteriore, con ogni probabilità, del fatto che davvero siamo di fronte agli effetti estremi e più contraddittori dell'onda lunga iniziata con la costruzione del sistema delle scienze sociali tra Otto e Novecento.

Il paradosso ottenuto accostando fra loro l'interrogativo su quali destinatari possa avere la 'Storia del diritto' e la registrazione che essa assomiglia spesso nelle facoltà di Scienze politiche a un convitato di pietra, può forse essere sciolto proprio a partire dall'indicazione del punto in cui le scienze politiche (e, per la sua parte, la 'Storia del diritto') si trovano oggi nel loro svolgimento rispetto non solo alla sempre meno affiatata famiglia delle scienze sociali, ma anche e soprattutto al rapporto tra quest'ultime e la 'storia'.

Osservava ieri Maurizio Fioravanti, con un'immagine sintetica ed efficace, che le scienze giuridiche hanno di fronte a sé la « destrutturazione del sistema statale » (di cui, egli aggiungeva, la « decostituzionalizzazione del diritto » è una delle facce). Chi pratica teoria e analisi della politica potrebbe a sua volta rilevare, ricorrendo

---

come complementare; e rarissimi quelli in cui essa è insegnamento fondamentale di un indirizzo della facoltà di Scienze politiche. Se non è l'autorevolezza del titolare del'insegnamento, sono di solito o il pigro rispetto della tradizione o la forza d'inerzia di cui si diceva poc'anzi a sostenere queste (ormai) 'eccezioni'. Va qui ricordato, naturalmente, che in molte facoltà sono presenti 'Storia delle istituzioni politiche' e 'Storia dell'amministrazione pubblica' (rispetto a cui 'Storia del diritto' risulta talvolta opzionale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con facilità all'analogia, che le scienze politiche hanno oggi davanti a sé la « destrutturazione del sistema politico ». Ancor più pacifico e diffuso sarebbe poi il convincimento che gli studiosi di scienze politiche manifesterebbero sul fatto che da tempo queste discipline hanno imboccato, e considerano ormai percorsa, la via della « destatualizzazione della (scienza) politica ». L'analogia, invece, parrebbe a qualcuno un po' zoppa ancora (forse è soltanto prematura), se a tutta una serie di processi in atto — che riguardano sostanzialmente i luoghi principali dove già si svolge, e si prevede che nel futuro prossimo più intensamente si svolgerà, l'azione politica — si applicasse la formula della « 'depoliticizzazione' del sistema politico ».

In realtà, tra le conseguenze dell'affievolita comunicazione tra le scienze politiche e quelle giuridiche vi è anche quella che nomi o categorie correnti nelle une paiono alle altre obsoleti, o poco felicemente impiegabili, o magari del tutto inutilizzabili. Il caso di 'Stato' è certamente il più paradigmatico e studiato. Ma il suo valore di esempio oltrepassa, a me pare, persino il 'fatto' (fondamentale, perché costitutivo della storia e dei percorsi di questa o quella disciplina) che il rimpicciolirsi o addirittura lo scomparire di un tale 'oggetto' in non poche delle scienze politiche ha reso meno rilevante o attraente la loro comunicazione con le scienze giuridiche (con le giuspubbliciste, quantomeno). Ciò che intendo dire si può, in sostanza, formulare così: a dar conto in primo luogo — vedremo poi un'altra ragione — del paradosso di cui stiamo discutendo, non è tanto (o è sempre meno) l'insufficiente o carente 'condivisione' sul piano metodologico e analitico del sistema-Stato, bensì è la mancata percezione che, ancor oggi, nessuna 'riflessione sull'oggetto' come 'oggetto di riflessione' è conveniente per le scienze politiche, se esse non comunicano con le scienze giuridiche. Pena il rischio, altrimenti, che lo svolgimento delle scienze politiche tra non molto diventi simile al lungo e però inespressivo sonno della bella addormentata prima del suo magico risveglio; e che, alla fine, le analisi con cui si registra la 'destrutturazione' di un'organizzazione di poteri (o una nuova strutturazione) risultino sempre più indipendenti, slegate e magari estranee o contraddittorie, rispetto a ogni riflessione sull'oggetto specifico di ciascuna di queste scienze.

Le ragioni per cui la 'Storia del diritto' riesce a trovare dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destinatari tra i cultori delle scienze politiche vengono così a profilarsi come ragioni che attengono, soprattutto, al campo metodologico. E, non so quanto sorprendentemente, ci si comincia anche ad accorgere che, forse, convenzionali scambi di cortesie e radicate o recenti incomprensioni tra le scienze giuridiche e quelle politiche riportano, più che ai loro percorsi divaricatisi lungo questo secolo (e in misura incalzante dall'ultimo dopoguerra), all'irrisolto rapporto che le une e le altre intrattengono con ciò che un'espressione iper-sintetica (chissà quanto non fuorviante, e però assai difficilmente sostituibile) continua a indicare come 'storia' (15).

4. In un lavoro che apparirà tra breve, Antonio Manuel Hespanha, rileggendo i rapporti tra la 'Storia delle istituzioni politiche' e la 'Storia del diritto' dentro il quadro di una « nuova coscienza sociologica dell'autonomia e della centralità dei fenomeni di potere », svolge un'osservazione che a me pare di grande rilievo per le riflessioni che stiamo svolgendo in questo nostro incontro. Dopo aver richiamato l'attenzione sui nuovi profili dell'analisi del 'sapere' e sulla struttura del processo di produzione della realtà storica, Hespanha sottolinea che « essendo la storia del diritto fondamentalmente la storia di un discorso di cui si tratta di mostrare il radicamento sociale e la funzione politica, si deve cominciare con l'applicare lo stesso metodo a quel discorso che è la storia, il cui radicamento sociale e la cui funzione politica non sono inferiori » (16).

L'osservazione si rivela importante, in primo luogo, giacché proprio l'analisi del processo di produzione della realtà storica (e, mi si consenta di aggiungere subito, così anticipando il nesso che a me

(15) In un contesto e in una prospettiva differenti, S. BARTOLINI, *Tempo e ricerca comparata*, in G. SARTORI e L. MORLINO (a cura di), *La comparazione nelle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1991, argomentando come sia il « tempo come dimensione di variazione » a costituire « una (non la sola) pietra angolare della lungamente dibattuta questione dei rapporti tra storia e scienze sociali », osserva che « nella recente e crescente letteratura che enfatizza gli aspetti positivi della scienza sociale 'storica' o 'qualitativa' e che invoca la rinascita di questa tradizione si riscontrano ancora — o, meglio, si riscontrano di nuovo — esempi della confusione e della ambiguità determinata dal ricorso ai concetti implicitamente auto-evidenti di 'storia' e 'storico' » (pp. 165-166).

(16) Cfr. A HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milano, Jaca Book, 1993, pp.76-77 (in corso di stampa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sembra di vedere tra le indagini di 'Storia del diritto' e quelle delle scienze politiche: la produzione della realtà di oggi, nei suoi rapporti mai interamente determinati né unilineari con la produzione della realtà di ieri) rende possibile una 'comprensione' non assolutizzata sia di quegli elementi del sistema (su cui giustamente richiamava poc'anzi l'attenzione Natalino Irti) che restano o continuano ad apparire 'strutturali', sia delle attività di 'reidentificazione' (che con gli elementi strutturali interagiscono senza sosta) degli attori operanti al centro o ai margini di un tale sistema (17). Quando manchi una simile 'comprensione', l'analisi viene facilmente esposta, oltre ai rischi di natura non più soltanto metodologica ma anche epistemologica, all'ulteriore pericolo di delineare un presente che, se non è risucchiato o schiacciato (reso comunque assai poco comprensibile nella sua specifica 'contemporaneità') da un passato lontano, offre comunque immagini troppo deboli per poter rendere pensabile (e possibile) un futuro non preformato per intero dalle rappresentazioni — collettive, sociali, o magari anche individuali — della sua 'storia'.

L'osservazione sintetizzata da Hespanha contiene, in secondo luogo, un'assai feconda indicazione di metodo. Col richiamare l'attenzione sul punto in cui i processi di produzione sociale di conoscenza (e le condizioni sociali di questa produzione) vengono a legarsi ai processi di produzione della realtà, ciò che subito viene posto in primo piano è sì — relativamente al campo delle accademiche suddivisioni specialistiche — l'insieme dei rapporti tra quei discorsi disciplinari che si costruiscono e costituiscono attraverso la storia, ma è anche — rispetto alle sfide oggi lanciate alla capacità di innovazione delle scienze sociali — il complesso delle procedure in virtù delle quali ogni singolo discorso si costruisce 'comunicando'. Per via diversa ci si trova nuovamente a dover fare i conti, con ogni probabilità, con gli effetti ultimi dell'onda lunga iniziata col 'sistema' ottocentesco delle scienze sociali. E proprio in ordine, come si vede, alla questione di quel rapporto fra le scienze sociali e la storia, che, forse perché troppo segnato dalla sindrome di Giocasta, ben più di

(17) Per il significato in cui adopero qui sia 'comprensione' sia 'reidentificazione', cfr. A. PIZZORNO, *Spiegazione come reidentificazione*, in *Rassegna italiana di sociologia*, XXX, 1989, n. 2, pp. 161-184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri ha determinato per ciascun componente dell'antica famiglia delle 'scienze sociali' accelerazioni e *loops*, reciproci interdetti o rassegnate convivenze, divaricazioni non facilmente aggiustabili e riavvicinamenti più o meno duraturi e giovevoli (18). Alla conclusione di quell''onda lunga', davvero occorre chiedersi sino in fondo per quale motivo gran parte degli incontri tra le scienze sociali e la storia si siano poi rivelati in questo nostro secolo « naturalmente impossibili » (19).

5. Resta così da considerare, giunti alla fine di queste brevi considerazioni, l'altro ordine di ragioni per cui tra i destinatari della 'Storia del diritto medievale e moderno' vi sono (non importa, per ora, se numerosi o pochi) anche i cultori delle attuali scienze politiche. Ragioni che, se si vuole ripetere la vecchia distinzione utile a scopi semplificativi, pertengono assai più al campo analitico che a quello metodologico; e che, questo è il punto forse più vantaggioso da osservare, rovesciano o almeno correggono la radicata convinzione per cui la principale seppur residua parte in comune ai due dominî, apparentemente ormai così distanti, delle scienze politiche e della storia del diritto è costituita dal terreno accidentato (e, pare, mai completamente dissodato) della storia dell''organizzazione' e dell''idea' del moderno Stato.

Sottoposta a un processo continuo di ridefinizione la logica stessa del *social piecemeal engineering* (la logica, cioè, collocata a fondamento della mediazione, tipica dei sistemi democratici industriali, tra il sistema politico e il sistema delle scienze sociali), i sintomi di una sensazione di disagio non sono ormai difficili da percepire tanto nella sfera d'esperienza della politica, quanto in

---

(18) Dentro una vicenda, va ricordato, il cui momento cruciale è costituito dall'assunzione da parte delle scienze di una sempre più spiccata (e quasi esaustiva) « funzione sociale »: cfr. P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1987, particolarmente il cap. VIII.

(19) Cfr., per le ragioni di questi « incontri impossibili », per quelle degli incontri che « se non impossibili, possono risultare infruttuosi », e soprattutto per il richiamo a impostazioni di teoria e di pratica storiografica in cui oggi risulta evidente che « le distanze fra le scienze sociali e storia s'accorciano », A. PANEBIANCO, *Le scienze sociali e la politica*, in A. PANEBIANCO (a cura di), *L'analisi della politica. Tradizioni di ricerca, modelli, teorie*, Bologna, Il Mulino, 1989, particolarmente pp. 50-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella della scienza. Fra l'una e l'altra aumenta infatti, e lo si avverte con un'inquietudine non agevolmente dissimulabile, il rischio di una chiusura operativa e cognitiva, suggellata dall'incommensurabilità dei rispettivi discorsi. Se la politica minaccia di sottrarsi a una 'tematizzazione' convincente da parte della scienza, quest'ultima, a sua volta, rischia di risultare incapace di sussumere nel proprio orizzonte di analisi le forme attraverso cui la politica si autotematizza e si autodescrive (20). Non è allora un caso che, mentre si consolidano — all'interno della teoria generale della politica — i processi di definizione della 'teoria dell'azione' (21), si moltiplichino anche i tentativi di indicare — soprattutto da parte di chi osserva i processi odierni di riproduzione, distribuzione (e consumo), 'nuova' produzione del potere politico per un dato campo sociale — il punto in cui una simile 'teoria dell'azione' si possa (si debba) connettere a un'altrettanto appropriata 'teoria dell'istituzione' (22).

Già, ma quali 'cose istituite' per un 'agire politico' sempre meno definibile dentro e attraverso le 'destrutturate' istituzioni statali? E quali le istituzioni più rilevanti al fine di localizzare correttamente produzione e scambio di un potere politico che, seppur a prima vista sembri 'deoggettivato', risulta sempre più coessenziale al funzionamento di pressoché tutti gli odierni campi sociali?

Il grande contributo che offrono alcuni orientamenti della 'Storia del diritto' (se non ho inteso parzialmente o scorrettamente i risultati delle ricerche da tali orientamenti ispirate) consiste nel provare come il confine tra 'politico' e 'non politico' non solo sia

---

(20) Per una più ampia argomentazione di questa tesi mi si consenta di rinviare a L. ORNAGHI, *Scienza della politica*, Milano, Jaca Book, 1993.

(21) Si veda soprattutto M. STOPPINO, *Che cosa è la « politica »*, Milano, 1986 (paper presentato al Centro di Scienza politica presso la Fondazione Feltrinelli).

(22) Non è un caso che un politologo come D. EASTON, *The Analysis of Political Structure*, New York-London, Routledge, 1990, sia tornato a sottolineare la necessità di considerare il ciclo vitale delle istituzioni. Con significativa convergenza, anche non pochi economisti ripropongono la centralità della 'istituzione' per poter analizzare a fondo le relazioni tra struttura e dinamica economica (per l'esame dei modi in cui viene oggi formulata questa centralità, e per la sua rilevanza all'interno della 'storia' dell'economia politica nei rapporti con le scienze sociali, rinvio a L. ORNAGHI, *Economic structure and political institutions: a theoretical framework*, in M. BARANZINI e R. SCAZZIERI (a cura di), *The economic theory of structure and change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 23-44).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storicamente variabile, ma risulti anche in certe età assai più fluido che in altre. Proprio qui, e per ragioni che non si possono più intendere riduttivamente solo come 'analitiche' (o convenzionalmente 'interdisciplinari'), non pochi studiosi di scienze politiche diventano interlocutori della 'Storia del diritto', e non pochi cultori della 'Storia del diritto' diventano a loro volta destinatari dei discorsi che le scienze politiche stanno oggi cercando di costruire. L'attuale, intensa fluidità tra 'politico' e 'non politico' (mi si giustifichi, per motivi di speditezza, quest'ultima allusione a una generica, ma certamente non residuale, area del 'non politico') non è solo il prodotto del destrutturarsi del sistema statale, ma è anche ciò che, riproponendo la questione dei rapporti tra 'pubblico' e 'privato' ([23]), riapre con maggior forza agli studiosi di scienze politiche il problema delle forme in cui l'agire è tanto più 'politico' quanto più si rapporta (o *non* si rapporta) a questa o a quella istituzione. Sono ormai sotto gli occhi di tutti noi le conseguenze del fatto che, quando un'istituzione 'pubblica' non riesce più a 'comprendere' l'agire politico, produzione e scambio del potere politico ricominciano, e cercano la loro legittimazione più forte, da quelle istituzioni che solo impropriamente (e spesso, anche, con una qualificazione storicamente scorretta) definiamo 'private'.

Per rendere più concrete quest'ultime notazioni, e per illustrare l'indicazione di metodo che esse vorrebbero riassumere, forse non vi è nulla di più efficace di ciò che Paolo Grossi richiamava nel 1985 a storici e giuristi. Nell'introdurre ai lavori del Convegno internazionale su « Storia sociale e dimensione giuridica », egli sollecitava l'attenzione per quelle costruzioni giuridiche, per quegli « atti della realtà quotidiana [...] che imprigionano e serbano ed evidenziano nelle loro connaturali intelaiature giuridiche le tracce forse più vive delle istanze sociali che li hanno prodotte, tracce che tuttavia un esame non specificamente giuridico rischia di lasciare irrimediabil-

([23]) Cfr. P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1986. La formazione del 'moderno Stato' viene qui correttamente, nell'analisi della distinzione 'privato-pubblico' (e, in particolare, delle sue implicazioni sul piano logico e della teoria della conoscenza), « usata in via principale nella sua esclusiva veste di termine di confronto ermeneutico rispetto alle costruzioni dottrinali » (p. 662).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente sfocate » (24). Ecco, a me pare che, soprattutto applicando un tale canone, 'Storia del diritto' e scienze politiche possano utilmente comunicare fra loro. E anche produrre, interloquendo, discorsi nuovi. Le aree per il ricercatore più impegnative, ma anche le più rilevanti per comprendere le trasformazioni in corso, sono certamente collocate nelle attuali, estese zone grigie tra il 'diritto' e la 'politica'. Qui si addensano turbolenze, processi indispensabili e positivi di cambiamento, pretese antiche o più recenti di supremazia dei sistemi economici e anche di questi o quegli interessi della società.

(24) P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in P. GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* (Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-27 aprile 1985), Milano, Giuffrè, 1986, p. 11, il quale giustamente così contrasta « la diffidenza programmatica e generale per il giuridico, la sua espunzione dal novero delle scienze sociali, la sua condanna all'esorcismo più umiliante: quello del silenzio » (ivi, p. 10).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERANGELO SCHIERA

C'è da chiedersi, per cominciare, quanto serva lo sguardo di un transfuga, di un eretico, forse un po' anche di un bandito, a gettare luce sull'insegnamento della storia del diritto nell'odierno panorama degli studi universitari. Le mie saranno considerazioni di uno storico (non del diritto) che però ha studiato diritto seriamente a suo tempo e sa che cosa sia la storia del diritto. Uno storico che ha sempre operato nel quadro delle scienze politiche, con particolare interesse per le scienze sociali — per non dire per la sociologia.

Che storia dunque, che diritto sono quelli di cui vogliamo parlare?

Anche dagli interventi precedenti, mi pare che emerga su tutte una preoccupazione banalissima eppure sostanziale e — almeno per quanto concerne la dizione ufficiale della nostra disciplina — rivoluzionaria: di storia e di diritto « europeo » si deve parlare. Mi pare necessario sottolineare questa dimensione (che, naturalmente, è diversa da quella semplicemente comparatistica) perché essa aggiunge al diritto e alla sua storia un valore ulteriore a quello intrinseco, tecnico, consistente nell'utilità di spiegare e avvalorare la meccanica degli istituti giuridici in chiave storica, sia pure nel culto, non trascurabile, della dinamica dei dogmi.

C'è, nel diritto dell'Occidente, un valore in più, oltre a quello che gli storici del diritto puri sono soliti considerare e valutare (e fanno bene perché essi si rivolgono principalmente a studenti di giurisprudenza, destinati a divenire operatori giuridici e quindi soprattutto attenti all'aspetto tecnico della questione): ed è il valore forse più importante per chi il diritto lo vede dal di fuori, come uno degli elementi del vivere sociale e costituzionale delle comunità. Mi riferisco, in tutta semplicità, al valore del diritto come basamento essenziale dell'intera costruzione politico-sociale e politico-costituzionale dell'Europa moderna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di cose scontate, che però hanno il loro peso per rammentarci l'importanza del diritto per la nascita stessa della politica, in età molto remota; e quindi servono a ridare spessore storico e complessità di contenuti anche all'origine (almeno quella occidentale) della nostra civiltà — o inciviltà — statale, contro le ricorrenti tentazioni « sociologistiche » (ma proprie anche della scienza del diritto o della stessa scienza storica, formalizzatesi come scienze solo un secolo fa) volte a pretendere una nascita contemporanea, post-rivoluzionaria, ottocentesca delle nostre forme di convivenza civile. È inutile rinviare alle raccomandazioni di Otto Brunner contro i rischi di interpretare il passato usando acriticamente « concetti » elaborati (come quello stesso di stato) dalle « scienze sociali e dello stato » all'epoca della loro tardiva formalizzazione. Una storia del diritto correttamente intesa mostrerebbe subito che quei concetti sono solo il punto d'arrivo di un'evoluzione storico-dottrinaria lunga e complessa, da ripercorrere e rimeditare sempre di nuovo, se si vuole avere contezza dei fenomeni storici, a base giuridica, che interessano le nostre forme di convivenza. Eppure Otto Brunner dovette muovere la sua battaglia proprio contro una Rechtsgeschichte che stava eccessivamente forzando i tempi storici per una lettura troppo concettuale e formalizzante del passato (1).

Se si vuole dar retta a Berman (2), non si può capire la politica moderna senza partire da quella che per lui è l'impronta fondamentale dell'Europa: cioè la discontinuità verificatasi nella sua storia tra metà XI e metà XII secolo. Sia pure sotto profili diversi, anche all'Istituto storico italo-germanico di Trento si è recentemente cercato di mettere a fuoco la « svolta dell'XI secolo » e Violante l'ha sintetizzata parlando dell'emergere, in quell'epoca, di vettori originali di evoluzione storica, già in grado ormai di mostrare una direzione unitaria (3). Ullmann ci aveva insegnato, a sua volta, che quella direzione era fortemente segnata dal diritto e ci aveva parlato

(1) E.-W. Bockenforde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono, problematica e modelli dell'epoca*, Milano 1970.

(2) H. J. Berman, *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Cambridge (Mass) 1983.

(3) C. Violante, introduzione a *La svolta dell'XI secolo*, a cura di J. Fried e C. Violante (in corso di stampa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'intima connessione tra governo, legge e società a partire dal XII secolo (anche se, com'è noto, con radici che affondano addirittura nel V secolo: « the Christian religion and its corporate manifestation ») (4).

Anche la rivoluzione « papale » di Berman (la riforma gregoriana) è stata una rivoluzione « giuridica »? Paolo Prodi riteneva di si, in un suo breve lavoro in argomento (5), insistendo sulla « nuova concezione di un diritto dialettico, sempre in movimento, creatore dell'ordinamento stesso ». Sappiamo però, dopo il suo gran libro sul giuramento, che per Prodi (6) quella rivoluzione non riguardava tanto il diritto come « strumento », ma l'uomo stesso, proprio come produttore di diritto attraverso il giuramento, vero e proprio ponte fra la coscienza individuale (col suo legame con Dio) e la comunità regolata, normata, disciplinata (dagli uomini stessi, attraverso il doppio canale del potere civile e di quello religioso).

Ma non è questa la sede per addentrarsi in questioni troppo tecniche. Mi pare piuttosto il caso di tornare al quadro largo da cui questi ragionamenti hanno preso le mosse. E per farlo non ho trovato di meglio che rileggere il fondamentale libro di Koschaker sull'*Europa e il diritto romano*, apparso nel maggio del 1947. Il « grido d'allarme » del grande romanista tedesco era rivolto allora all'eventuale esaurimento della « missione storica » del diritto romano, ma a me pare che il suo giudizio complessivo possa essere generalizzato, oggi, all'intera questione del diritto e alla sua funzione storica, costitutiva del destino dell'Europa.

Nella sua conclusione Koschaker scriveva: « Questa civiltà europea, che ha plasmato l'Europa come civiltà storica, è il risultato

---

(4) W. Ullmann, *Public Law as an instrument of government in historical perspective: new Rome and old Rome in the light of historical Jurisprudence*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze 1983. Ma su questa via è ancora da vedere Violante in un recentissimo, e non ancora pubblicato, intervento ad un altro seminario trentino: quello su *L'organizzazione del territorio in Italia e in Germania: secoli XIII-XIV*, a cura di G. Chittolini e D. Willoweit (in corso di stampa).

(5) P. Prodi, *Suggestioni (da H.J. Berman) per lo studio del ruolo del diritto papale tra Medioevo ed età moderna*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, a cura di G. Piva e F. Spantigati, Padova 1988, pp. 93-103.

(6) P. Prodi, *Il Sacramento del potere. Il giuramento nella storia costituzionale dell' Occidente*, Bologna 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'incontro del germanesimo con il cristianesimo e con la civiltà latina di Roma, strettamente legata a quest'ultimo. Ambedue furono fattori universali ed è per questo che concetti e sentimenti universali sono una caratteristica dell'Europa nel Medioevo ed anche nei secoli successivi. Codesto universalismo, che non è da scambiare con l'uniformità, fu un elemento unificatore nel multiforme mondo politico europeo. Esso, infatti, rese possibile una vita culturale eclettica e quindi ricca, che ad onta delle differenze nei particolari poteva essere concepita come un'unità e che, proprio grazie a questa unità, aveva una forte capacità d'espansione. Così la civiltà europea, a mano a mano che le nazioni dell'Europa prendevano piede nei continenti stranieri, conquistandoli e colonizzandoli, poté espandersi con esse e dare i suoi frutti, perfino laddove altre antiche civiltà le contendevano il passo, come in India, in Cina, nell'Islam o nella Russia, despositaria di quella cultura bizantina, che è parente stretta della civiltà europea.

Contro tale universalismo si trovò a combattere il nazionalismo, che, sorto dappirma nell'Europa occidentale ed ivi compenetrandosi con l'idea dello Stato, celebrò i suoi fasti nell'Ottocento, fino a giungere in questi ultimi decenni alla esasperazione di se stesso con l'affermarsi dei sistemi fascisti (ed è significativo che ciò sia proprio avvenuto in quegli Stati, che furono gli ultimi a consolidarsi politicamente come nazioni) » (7).

Mi sembra che orientamenti di questo tipo siano utili e necessari anche rispetto al tema che qui oggi trattiamo: perché l'insegnamento del diritto (e della sua storia) in facoltà non giuridiche (e per quanto mi riguarda, soprattutto, in facoltà di scienze politiche) dovrebbe proprio rispondere, prima ancora che ad esigenze di tipo tecnico-formativo, ad obbiettivi culturali più ampi, a difesa e rilancio dell'universalismo delle differenze, che è stata — mi pare — la prestazione più alta che il diritto (a partire da quello romano, ma non certo limitatamente ad esso) ha fornito alla civiltà europea e, per suo tramite, all'umanità.

In una linea analoga a quella di Koschaker — e probabilmente in risposta ad una crisi, la nostra di Europei nel mondo di oggi, solo apparentemente meno grave di quella a cui si riferiva il tedesco —

(7) P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potrebbe essere letto anche il libro già citato di Prodi. Esso ci ricorda infatti l'origine sacra del diritto ma insieme la sua natura umana, mediata dalla capacità di uomini concreti, storici (gli stessi di cui sto parlando qui, in riferimento all'Europa) di assumere su di sé la tragica responsabilità della sintesi politica, mediante l'atto — sacro e profano insieme — del giuramento.

Quindi il diritto « europeo », quello moderno che sorge dalla cristianizzazione ma che è il frutto congiunto della sapienza cristiana e dell'irruenza dei popoli barbari, come grande volano del risveglio umanistico: uno dei due grandi passaggi (l'altro essendo la teologia) attraverso cui si è fatto progressivamente spazio al campo della politica, finché quest'ultima ha acquistato la sua autonomia, il suo linguaggio, la sua scienza.

Sarebbe tuttavia assurdo — com'è già stato osservato anche durante questo congresso — limitare l'importanza della storia del diritto all'epoca medievale, nonostante che proprio in quell'età si sia a mio avviso registrata la più densa e proficua interferenza fra il diritto e la politica: la quale ultima va considerata, dal mio punto di vista, come la dimensione caratteristica dell'intera civiltà europea. Non intendo, con questo, toccare il discorso affascinante ma troppo complicato della trasmigrazione di concetti e categorie del diritto nei campi più impuri ma in certo senso anche più fertili della nascente scienza politica moderna (8). Basti pensare alla categoria del contratto o, in subordine, ai due piloni portanti della sovranità e della consociazione: i due poli dalla cui tensione si è sprigionata la fenomenale (proprio anche nel senso del suo empirico sviluppo) esperienza dello Stato moderno.

Tutt'intero il passaggio dal medioevo all'età moderna è segnato da questo tipo d'interferenza. Esso costituisce, in realtà, la base concreta ed operativa di quel processo di secolarizzazione che a torto viene sempre dipinto semplicemente, in negativo, come emancipazione della politica dalla teologia. Come ormai sappiamo, esso è stato invece, in senso assai più positivo, sforzo di costruzione e di messa in pratica di strumenti nuovi di azione umana, individuale e

(8) Particolarmente sensibile a questi temi è Diego QUAGLIONI, come risulta anche dagli scritti recentemente raccolti e rielaborati in *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettiva, in direzione politica ma con una logica di derivazione giuridica e con precise conseguenze anche sul piano tecnico del diritto, della sua storia e della sua progettualità (9).

Ma anche dopo — in età più vicine a noi — il ruolo del diritto non è venuto mai meno. Si ricordi Schumpeter (non certo uno storico del diritto) e la sua felice intuizione, di considerare il diritto naturale (le diverse scuole del diritto naturale) come l'officina in cui la politica ha forgiato progressivamente le sue forme: « La prima scoperta di ogni scienza è la scoperta di sé stessa. evidentemente la consapevolezza dell'esistenza di un complesso di fenomeni intercorrelati che danno origine a "problemi" è il presupposto di ogni sforzo analitico. Nel caso delle scienze sociali tale consapevolezza prese forma nel concetto di diritto naturale » (10).

Dagli spagnoli che hanno assicurato al cuore delle dottrine tomiste il ponte per innervare il pensiero politico della secolarizzazione europea, ai grandi "laici" che hanno fondato il giuspositivismo, dando luogo al "progetto giuridico": che fu in realtà un gigantesco e vittorioso progetto politico. Fino all'Ottocento, naturalmente, in cui per vie traverse (e anche contraddittorie) il diritto si rivelò il più rapido ed efficace catalizzatore dei princìpi della rivoluzione, consentendo praticamente ed organizzativamente la loro realizzazione, sia pure nello stesso tempo anche ribaltandone in qualche modo il significato liberatorio originario, mediante l'affermazione forse troppo "teutonica" dei dogmi della personalità giuridica dello stato e dello stesso stato di diritto.

Tutto ciò non vale soltanto sul piano della storia del pensiero giuridico, come potrebbe sembrare. Perché l'efficacia di quel pensiero si è sostenuta e realizzata anche mediante la creazione di istituti, di meccanismi effettuali di funzionamento della realtà sociale organizzata, cioè della politica. Si entra qui nel campo della storia delle istituzioni, per il quale l'importanza del diritto e della storia del diritto in particolare non ha bisogno di essere menzionata. Andrebbe anzi trattato — a rovescio — il tema dell'autonomia che la storia delle istituzioni dovrebbe poter mantenere nei confronti della storia del diritto, eventualmetne anche in una prospettiva che po-

(9) P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano 1974.

(10) Nella sua grande *Storia dell'analisi economica*, Torino vol. I, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trebbe essere la seguente: la storia delle istituzioni non è altro che la veste (necessariamente più ampia ed adeguata) che la storia del diritto assume all'interno di facoltà non giuridiche e, in particolare, di quelle di scienze politiche.

Che si tratti di un discorso mal posto, risulta immediatamente dalla considerazione che le istituzioni "politiche" non hanno né potrebbero avere una fondazione solamente giuridica al loro operare — per non dire poi del fatto che non tutte le istituzioni di cui la storia relativa si occupa devono necessariamente essere "politiche" ma possono riguardare anche il campo del sociale, del culturale, del religioso e così via. Vi è poi una sezione a sé stante dell'organizzazione politica e sociale delle comunità che gode di una sua propria storiografia qualificata: ed è il settore dell'amministrazione (11), per il quale nuovamente vale l'avvertenza che non tutto ciò che è amministrativo è giuridico (neppure dopo la nascita recentissima del diritto amministrativo). Proseguire per questi sentieri aprirebbe d'altronde un altro discorso ancor più complicato, che è specifico della peculiarità italiana di moltiplicare le discipline d'insegnamento all'infinito, con la conseguenza che si è poi costretti ad andare alla ricerca delle differenze di contenuti e di metodi, rischiando di moltiplicare all'infinito le specialità con l'erezione di steccati sempre più difficili da scavalcare e, prima ancora, da comprendere (12).

Storia del diritto, storia delle istituzioni, storia amministrativa o dell'amministrazione, dunque: ma l'elenco potrebbe continuare. È in quest'ambito soltanto, col suo giro largo e scevro da tentazioni egemoniche, che dev'essere ricondotto il discorso sul significato della storia del diritto anche per le facoltà non giuridiche. Esso infatti non può che risiedere nell'interesse che il diritto, anche come fenomeno storico, riveste per gli altri aspetti della vita sociale e politica che abbiamo appena considerato. Né si può trascurare il fatto che questa medesima impostazione dovrebbe investire anche i rapporti che la storia del diritto deve mantenere con la storia

(11) Gianfranco MIGLIO iniziò in Italia l'organizzazione sistematica di questo tipo di studi fondando la FISA: cfr. *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa*, in *Annali della Fondazione italiana per la storia amministrativa*, 1 (1964) 11-19.

(12) Cfr. *La professione universitaria. Una discussione sul reclutamento dei docenti*, a cura di M. MIRRI, *Quaderni di « Società e storia »* n. 1, Milano 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale, la quale normalmente ha già diritto di cittadinanza (e in qualche caso di cittadinanza privilegiata) nelle facoltà di cui stiamo parlando.

Si deve allora trovare una dimensione comprensiva — per non dire globale o strutturale, com'è già stato detto — in cui situare il nostro problema. Intendo dire che, per esprimere pienamente il suo ruolo — più che ausiliario in grande misura maieutico — rispetto alla politica (perché di questo si deve trattare in facoltà di scienze politiche: dello studio della politica), il diritto non può essere studiato a partire da sé stesso, dai suoi dogmi e dai suoi istituti, ma dev'essere collocato nell'alveo largo e complicato di una lettura di storia costituzionale (13).

Quest'ultima è a sua volta— non occorre che lo precisi in questo contesto — qualcosa di molto diverso non solo dalla storia delle istituzioni ma anche dalla stessa storia delle costituzioni: essa è un modo per ritrovare globalità alla ricerca e alla spiegazione storica dei fatti politici umani, ponendo il diritto (e la sua essenziale funzione "costituente") al centro del complesso di strutture che di volta in volta, storicamente, determinano l'esistenza di una realtà politica organizzata. Perciò la storia costituzionale non è solo storia del diritto, ma deve riguardare e comprendere tutti i fattori costitutivi da cui le diverse realtà storiche risultano composte. Anche se il diritto vi occupa necessariamente il posto centrale: per un problema di linguaggio, innanzitutto, per via dei dogmi, dei concetti, degli stessi termini di cui sono intessuti il discorso e la pratica politica; ma contemporaneamente anche per un problema di contenuti, a causa dell'impronta a dominanza giuridica che hanno assunto e a lungo mantenuto i meccanismi decisionali ed organizzativi delle differenti soluzioni politiche che gli europei hanno dato ai problemi sempre nuovi della loro convivenza.

Si collocherebbe qui un ulteriore ragionamento, relativo alla straordinaria capacità "dottrinaria" mostrata, nei secoli, dal diritto in misura certamente maggiore a tutte le altre forme conosciute di lettura e interpretazione della realtà sociale. Grazie a tale suo

---

(13) È giunto il momento di citare anche Otto BRUNNER, al quale sono già stati fatti numerosi rimandi indiretti: dei lavori tradotti in italiano cfr. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1968 e *Terra e potere*, Milano 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carattere, il diritto ha potuto svolgere in modo egregio quel ruolo di trasmissibilità che assicura durata alle istituzioni, alla costituzione, alla stessa politica e che, in ultima istanza, consente di parlare, appunto, di storia del diritto o di storia costituzionale. Se la peculiarità dell'esperienza politica occidentale consiste nella sua "praticità" cioè nel suo sapersi tradurre in interventi operativi concreti e mirati a uno scopo, allora è stata la forma della "dottrina" a rendere in grande misura possibile ciò.

La dottrina indica infatti in primo luogo l'insegnamento, cioè la trasmissione di conoscenze da maestri ad allievi e da generazioni a generazioni; ma essa indica anche l'applicazione della teoria alla pratica, cioè la finalizzazione della pura conoscenza ad obbiettivi pratici e comportamentali. Da entrambi i punti di vista, si può dire che la storia politica e costituzionale dell'occidente non sarebbe stata quella che è stata (non avrebbe forse potuto neppure esistere) in assenza di quella forte carica dottrinaria che l'ha mossa e sostenuta nei secoli. Ebbene, non vi è ombra di dubbio che il diritto abbia fruito in maniera privilegiata di quella carica, rispondendo interamente — grazie soprattutto alla tradizione romana a cui s'ispirava — a quella richiesta miscelata di formalizzazione di saperi e di proceduralizzazione di pratiche che ha accompagnato lo svolgimento del grande esperimento politico europeo, da mille anni a questa parte.

È per questa impronta dottrinaria originaria, lasciata dal diritto sulla forma della nostra convivenza civile fin dai suoi esordi nel medioevo, che ancora oggi noi siamo legati ad una concezione della politica insieme laica e responsabile: cioè orientata alla soluzione di casi concreti, ma all'interno di quadri di compatibilità e di senso generali, in modo che l'esigenza di concretezza e di razionalità non debba pagare troppo in termini di progettualità e di tenuta e di resa dei princìpi generali dell'ordinamento. Per questi motivi, il nesso fra diritto e politica è così stretto, fin dall'inizio, e non da un oggi o da un ieri presuntivamente degenerato. Anche rispetto a rischi di questo tipo, intrinseci alla dimensione troppo positivistica assunta dalla storia del diritto fra Otto e Novecento, è in grado di reagire una storia costituzionale correttamente intesa. Con tali intenti essa era nata, nella Germania ipergiuridicizzata della fine del XIX secolo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e così si è sviluppata, ancora in Germania, durante la prima parte del secolo XX (14).

Ma doveva trattarsi di intenti difficili da realizzare se è vero che, nella stessa Germania, accanto ad eccellenti prestazioni singole, non sembra di poter individuare una vera scuola storico-costituzionale indipendente dai due filoni egemoni della storia del diritto e della storia sociale. Là più che altrove, l'impostazione giuridicistica continua a dominare, mentre gli orientamenti più recenti della "Neue Sozialgeschichte" mostrano indifferenza per i problemi strutturali del potere e della sua organizzazione, a favore di zone ritenute più riservate e vitali della convivenza. Risulta ancora difficile inserire fra i "fattori costituzionali", come a me piace chiamarli, concetti e contenuti non giuridici o non facilmente riducibili (riconducibili) al diritto. Altrimenti si passa, appunto, alla *Sozialgeschichte*, che pretende di dare spiegazioni di complessità sociale dall'interno dei problemi esaminati, rifiutando metodicamente ogni possibilità di loro comprensione per via istituzionale: essendo intesa invariabilmente quest'ultima come sopraffattrice e statalistica (15).

Non è questa la sede per insistere su questi temi: vorrei solo ribadire l'utilità che una disciplina come la storia costituzionale potrebbe avere anche nel panorama storiografico italiano. Soprattutto vorrei sottolineare la funzione di ponte che una storia costituzionale correttamente intesa potrebbe svolgere fra storia del diritto e storia generale, valorizzando un incontro o una rete d'incontri fra prospettive e tematiche di studio troppo a lungo rimaste fra loro distanti. A tale scopo bisogna ovviamente prestare attenzione a che il diritto continui ad occupre, anche in una storia costituzionale "all'italiana", quel posto centrale che certamente gli compete, accanto però a tutti quegli altri fattori costituzionali che insieme ad esso — o, per meglio dire, da esso — hanno di volta in volta ricevuto la regolazione, la normazione, la normalizzazione necessaria per tradursi in sistemi di vita.

Il discorso, come si vede, porta lontano ed è ora di chiuderlo,

---

(14) G. OESTREICH, *Le origini della storia sociale in Germania*, in *Annali ISIG*, 2 (1976) 259-336.

(15) G. CORNI, *La « Neue Sozialgeschichte » nel recente dibattito storiografico tedesco*, in *Annali ISIG*, 3 (1977) 513-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottolineando l'indiscutibile utilità di un allargamento della considerazione giuridica nella trattazione storiografica dei problemi della convivenza umana (almeno per quanto concerne l'Occidente); ma anche osservando che tale utilità potrà essere massima solo a patto che ciò non si traduca in una pretesa di egemonia della "storia del diritto" o in senso stretto su ogni altro tipo di considerazione giuridica. Ciò vale, in primo luogo, per il ruolo insostituibile svolto da quelle storie speciali che studiano le dottrine politiche, le istituzioni politiche o l'amministrazione pubblica, ma vale anche per il ruolo nuovo che potrebbe svolgere una storia costituzionale, opportunamente inserita nell'ordinamento degli studi italiano.

Al di là di tutto, va infatti tenuto ben presente che anche la storia del diritto, per essere davvero utile allo studio e alla comprensione del potere e della politica, deve mantenere come punto di riferimento e criterio d'interpretazione centrale l'uomo. Questo è il semplice ma persistente riduttore che — sempre dal punto di vista della politica — può riportare il diritto e la sua storia all'essenziale funzione che richiamava Koschaker nel suo libro.

Ciò mi consente un'ultima diversione sul piano, questa volta, dei contenuti piuttosto che del metodo. La storia del diritto "europeo", nel suo collegamento con la politica (dalla sua fondazione medievale ad oggi), offre la doppia possibilità di seguire l'evoluzione dei sistemi di convivenza nella direzione dell'accentramento del potere negli apparati "principeschi" come in quella della difesa degli spazi di autonomia da parte delle "comunità". In entrambi i casi, infatti, è sempre stato il diritto a prestare gli strumenti idonei all'elaborazione delle dottrine e alla messa in atto delle pratiche necessarie ai due scopi. Importa però sottolineare che quegli scopi, più che opposti, furono concorrenti o almeno complementari e che la storia "costituzionale" d'Europa non apparirebbe comprensibile se letta in una sola di quelle direzioni. Ciò mostra con evidenza la necessità che — rispetto alla comprensione della politica (obbiettivo primario delle facoltà a nome delle quali sto parlando) — la storia del diritto sacrifichi (senza perderla) la propria capacità di penetrazione tecnica dei differenti istituti (siano quelli principeschi o siano quelli comunitari) ad un'apertura interpretativa ai diversi contesti che, di volta in volta, fosse necessario richiamare per guadagnare lo sguardo largo, globale e strutturale che è proprio di ogni "costituzione".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Accadrà così che, oltre che di sovranità, si possa parlare di consociazione e che, accanto al principe, si considerino anche i corpi o i ceti, e si scopra la "modernità" dell'elemento statutario e pattizio proprio del diritto delle comunità.

E sarà allora improvvisamente possibile riguadagnare, attraverso la storia, quel ruolo fondamentale che il diritto ha svolto nella dinamica politica dell'Europa moderna (dal medioevo in poi): risultato utilissimo anche per coloro che — altro cattivo esempio di degenerazione "positivistica" — pretendono oggi di occuparsi di politica solo dall'interno dei fenomeni politici, facendo della "politologia" una disciplina strana che poi alla fine, per trovare legittimazione e credibilità verso l'esterno, deve però tornare ad essere campo d'azione di "costituzionalisti", che troppo spesso del diritto, della costituzione (e della sua storia) non sanno niente.

Accadrà anche di accorgersi che il diritto, in questo suo ruolo maieutico e di sostegno allo sviluppo della politica europea, non è stato solo strumento di dominio, ma anche di resistenza; che cioè, dei due corni di cui consta il potere — il comando e l'obbedienza — non solo il primo ma anche la seconda si è servita del diritto per esprimersi e trovare attuazione. Risulterà anche chiaro alla fine che la straordinaria capacità normativa (quindi razionalizzante e unificante) che è sicuramente propria del diritto (e che l'ha reso lo strumento più adatto di realizzazione di un'opzione politico-culturale come quella occidentale, fondata sui criteri della laicità, della responsabilità e della razionalità) non ha funzionato sempre e solo nella direzione dell'unicità del potere, ma ha operato potentemente anche nel senso del pluralismo e della differenza.

Gli esempi che ho portato — senza poterli, naturalmente, sviluppare — a sostegno della mia proposta in termini "costituzionali" di una storia del diritto (la teoria della consociatio, il diritto di resistenza, il sistema giuridico-politico dei clienti, la dottrina della corporazione) si muovono infatti tutti più nel senso dell'obbedienza che del comando, più nel senso del pluralismo istituzionale che dell'accentramento monocratico. È stata una scelta che ho fatto con consapevolezza e che vorrei ricollegare a quel valore in più che ho attribuito, fin dall'inizio di questo mio intervento, al diritto e alla storia del diritto. Il controllo (ma anche la tutela) delle diversità e degli antagonismi, la disciplina (ma anche la possibilità) dei conflitti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e delle contrapposizioni è stato sempre il ruolo preminente del diritto, ma non solo nel senso di una via obbligata all'uniformità e alla compattezza della costituzione « statale », bensì anche — e forse in misura ancora più accentuata — nel senso della difesa, della valorizzazione e della stessa creazione di una molteplicità di diritti e di cerchie giuridiche. Se si potesse pesare quanto, nella storia del diritto al servizio della convivenza sociale e politica degli uomini europei, è stato dato dallo stato (cioè dalle tendenze unificanti e accentratrici che esso ha espresso) e quanto invece dall'assetto pluralistico ed autonomistico che ho appena cercato di richiamare, sono sicuro che la bilancia inclinerebbe piuttosto da quest'ultima parte.

Nel suo discorso d'apertura al nostro convegno, Paolo Grossi citava ieri l'insegnamento di Bognetti, intorno alla capacità che la storia del diritto dovrebbe sempre avere di suscitare « sapienza civile » (16). Io stesso ho richiamato Schumpeter e la sua idea che il diritto sia stato, in un momento preciso, un po' la madre delle moderne scienze sociali. Vorrei ora aggiungere, forse con un po' di retorica, che il diritto, per poter sopravvivere nel suo ruolo centrale e costituzionale per le nostre forme di convivenza, deve poter essere continuamente, sempre di nuovo, anche figlio delle scienze sociali del suo tempo. Questa è una prospettiva che propongo dal punto di vista di uno storico costituzionale operante in facoltà non giuridiche; ma varrebbe forse anche la pena di chiedersi se lo stesso insegnamento del diritto (e della sua storia) non abbia bisogno di una consapevolezza del genere anche all'interno delle facoltà di giurisprudenza.

(16) Vedi P. GROSSI in questo stesso volume.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LA STORIA DEL DIRITTO E I SUOI DIVERSI DESTINATARI

La storia del diritto nelle Facoltà di Lettere e Storia

Testimonianze di:

Ovidio Capitani
Elena Fasano Guarini
Raffaele Romanelli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

OVIDIO CAPITANI

Assunta nella schematicità e semplicità della formulazione del titolo che mi è stato assegnato — con la precisa delimitazione ad un tempo cronologica e concettuale, dacché la mia testimonianza, per quello che può valere, è riferita al Medio Evo, un medio evo che per me termina ai primi decenni del sec. XIII — assunta in quella schematicità e semplicità, dicevo, la mia testimonianza deve dar conto di due aspetti molto diversi, seppure collegati. L'uno, relativo alla quantità e qualità delle nozioni che nei corsi di laurea in Lettere e in Storia sono messe a disposizione degli studenti; l'altro, di natura epistemologica si vorrebbe dire, che investe i modi di appropriarsi del mondo giuridico medievale, altomedievale, in specie, che la storiografia ha indotto negli studi e negli orientamenti degli studi tra gli anni cinquanta ed i nostri, dalla crisi dello storicismo crociano alla crisi dello storicismo di ispirazione marxista, al riemergere di una coscienza di quelli che sono stati efficacemente chiamati i rischi culturali che non si sono evitati tutte le volte, che nel periodo indicato, gli « storici » senza altri aggettivi si sono avvicinati al mondo giuridico.

Per quanto concerne il primo aspetto, è appena il caso che io riconosca alla mia testimonianza un condizionamento: quello della mia esperienza come già destinatario (o non destinatario: che è lo stesso) — oltre quarant'anni or sono — di una certa quantità e qualità di nozioni di una « storia del diritto », indipendentemente dalla circostanza che negli anni universitari miei era ancora questione molto importante e molto dibattuta che si definisse il diritto stesso come attività pratico/economica: questione che anche affrontata in sede filosofica non mi disponeva a nessun tipo di conoscenza né terminologica né di istituti. Ed infatti l'unico esame che io affrontai in ambito universitario, frequentando i corsi di filosofia, fu quello di Filosofia del diritto, con Giorgio del Vecchio, pur potendo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostenere — e con Francesco Calasso — quello di storia del diritto italiano. Al più, alla fine del mio corso di studi universitari, potevo comprendere le differenze tra consuetudine e legge, tra morale e diritto, tra giustizia ed equità: e quanto, negli anni successivi, ebbi ad apprendere e comprendere del mondo giuridico lo dovetti alla necessità non ignorabile di provvedermi di una strumentazione minima per avviarmi ad intendere quel mondo medievale al quale avevo deciso di dedicare la mia successiva attività di ricerca, stimolato per altro dalle lezioni di Diplomatica di Franco Bartoloni. L'istituzione universitaria, quindi, al più mi lasciava libero di valutare la congruenza di una preparazione storico giuridica per una migliore definizione del mio profilo professionale di storico del medio evo, magari contro lo stesso parere dei miei maestri medievisti. Mie pigrizie intellettuali, miei pregiudizi « filosofici » (tra parentesi), mie iniziali ristrettezze di orizzonte a parte, io avrei dovuto ripercorrere sul campo un apprendistato che non mi era stato conferito quando lo avrei dovuto compiere. Una condizione iniziale di netto svantaggio, quindi, che tuttavia mi ha indotto — e tuttora mi induce — a cercare di comporre la trama del mio discorso storiografico, per quello che è, con la conoscenza e comprensione di una dimensione essenziale del mondo del medio evo. Di questa io non vorrò certamente parlare, poiché fu oggetto di ampio dibattito proprio qui a Firenze, per iniziativa degli stessi organizzatori di questo incontro: ed alcune mie tesi vi vennero discusse da Cinzio Violante, in tema di storia e dimensione giuridica. Mi richiamerò a quelle tesi ed alla discussione di Violante soltanto per quello che sarà necessario all'assunto di questa mia testimonianza, nel corso del mio intervento. Torniamo ai nostri due aspetti. Detto quanto ho detto circa quello che io avevo ricevuto — meglio, non ricevuto — dai miei studi nella Facoltà di Lettere e Filosofia, quale testimonianza posso io recare oggi? Posso tranquillamente affermare che oggi la situazione non è certamente migliorata, pur in presenza di alcuni fatti nuovi quali un diffuso ritorno all'analisi delle fonti documentarie, nella prospettiva di un assoluto privilegiamento della storia economica, che per il Medio Evo è stata soprattutto — con importanti eccezioni per quello che riguarda la storia economica del Mezzogiorno, per il tardo Medio Evo tre e quattrocentesco — storia agraria; e fatto nuovo, e questo proprio di natura istituzionale, è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stata la costituzione di corsi di laurea in storia, con un largo ventaglio di indirizzi, dall'orientale, all'antico, al medioevale, al moderno al contemporaneo, corsi di laurea che, con maggiore o minore accentuazione a seconda degli indirizzi e delle Università, hanno inserito insegnamenti ed esami di storia del diritto e di storia istituzionale. Poteva essere una grande occasione: dico subito che è stata una occasione quasi completamente perduta, e non solo per quali motivi « epistemologici » di cui si parlava poc'anzi e sui quali magari ritorneremo, di mancanza di inserimento in una visione organica della ricerca e della conoscenza storica, ma per la stridente contraddizione che si operava nel momento stesso della costituzione dei corsi di laurea in storia — cioè di un indirizzo di studi a carattere ovviamente specialistico — per il contemporaneo disfacimento della istruzione secondaria, inferiore e, soprattutto, superiore, per la criminale « liberalizzazione » degli accessi universitari, che ha immesso migliaia di giovani, tanto sciagurati quanto ingannati, in canali che non portavano a nulla. Nel momento stesso in cui si concedeva a tutti — purché muniti in qualsiasi modo di un diploma quinquennale degradato sempre più — di adire a qualsiasi tipo di *curriculum* universitario, nel momento in cui il deliberato abbandono degli studi classici toglieva ai giovani la possibilità stessa di possedere lo strumento indispensabile (almeno per coloro che si volessero iscrivere agli indirizzi antico, medievale e, in buona parte, moderno dei corsi di laurea in storia) per avvicinarsi alle fonti fondamentali per lo studio della storia giuridica, in questo preciso momento, dicevo, l'istituzione universitaria si dotava — si fa per dire — di una struttura specialistica che più di altre, nell'ambito delle cosiddette « discipline umanistiche », esigeva il possesso di quella che viene oggi chiamata la preparazione di base. Non voglio tediare gli uditori descrivendo le avvilenti battaglie sostenute anche da chi parla per conservare l'insegnamento, almeno del latino, tra quelli obbligatori dell'indirizzo medievale e le altrettanto avvilenti soluzioni compromissorie introdotte per mantenere certi insegnamenti nel nuovo corso di laurea, che, nel migliore dei casi, doveva garantire, non dirò il successo nella ricerca specifica, ma almeno una possibilità di adire alle supplenze ed eventualmente ai concorsi per la scuola media, esattamente come avveniva da sempre per i corsi tradizionali. Dico con molta chiarezza che nella mentalità del legislatore in fatto di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istruzione universitaria non si trattò — e non si tratta tuttora — il corso di laurea in storia diversamente dal famigeratissimo DAMS, di cui ho il poco ambito privilegio di essere testimone da oltre un ventennio nell'*Alma Mater studiorum*. Semplicemente il legislatore in fatto di istruzione universitaria non pensò: anzi, fece peggio, stabilì dei fini ai quali non potevano e addirittura non dovevano corrispondere i mezzi.

La conclusione che se ne dovrebbe trarre — che io per lo meno dovrei trarre — dovrebbe essere che quasi nulla, nello stimolo a valersi degli « strumenti di indagine » e cioè delle fonti giuridiche, si sia tentato, proposto, prodotto che possa testimoniare di un coinvolgimento non occasionale degli storici della nuova generazione quelli, intendo, che hanno compiuto i loro studi universitari con prevalenti interessi storici dopo il 1972/75, grosso modo; ma così non è stato, oserei dire nonostante tutto, fortunatamente. Con riferimento a tre ambiti di ricerca che mi appaiono essere stati — ed essere ancora — prevalenti tali da rendere non solo possibile, ma anche indispensabile la conoscenza e l'uso di una strumentazione propria delle discipline storico/giuridiche, dirò che è un dato difficilmente controvertibile ed ignorabile che in Italia oggi abbiamo un rilevante interesse per la storia politico-istituzionale e sociale/istituzionale, per la storia economico/istituzionale, per la storia ecclesiastico/istituzionale. Tre ambiti di ricerca che possono avere raggiunto diversi gradi di consistenza e livelli di risultati — non sempre la quantità di scritti prodotti coincide con la qualità dei risultati raggiunti — ma che indubbiamente si sono imposti all'attenzione oltre che degli studi espressi dalle Facoltà letterarie e storiche, in senso specifico, anche in quelli che si sono mossi da altre esperienze universitarie.

Si potrebbe essere tentati di ascrivere — in una valutazione tutta ' positiva ' del fenomeno — questo *essor* di ricerche a quel fatto che Mario Sbriccoli ha chiamato di « de-disciplinarizzazione »: ma la constatazione di una risultante di quella che è stata una maggiore attenzione all'altro, nel campo di ricerche analoghe, non deve essere — e certo Sbriccoli non lo ha fatto, sia ben chiaro — scambiata per una « chiave » *passepartout*, perché intanto è da dimostrare che dell'opportunità per così dire « teoretica » della « de-disciplinizzazione » siano stati consapevoli tutti i nuovi ricercatori o, come si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dice, i « nuovi storici »; in secondo luogo, è da considerare se l'equazione, testé da me enunziata, tra « de-disciplinarizzazione = maggiore attenzione all'*altro* », quando questo altro sia il giuridico nella sua irrinunciabile essenza, si sia sempre verificata.

Cerchiamo di fare alcune rapidissime considerazioni nei tre ambiti indicati poc'anzi, senza pretendere certamente di fare bilanci di storia della storiografia — che in alcuni casi, chi ha l'onore di parlarvi, ha fatto da anni — ma senza dimenticarsi che un elemento oggettivo, discutibile quanto si voglia, ma oggettivo, è sempre per la stessa strumentistica offerta ai discenti, stato quello della presupposizione metodologica, nella fattispecie il rapporto tra fini e mezzi.

Il discorso sulla strumentistica per i fini che qui si stanno discutendo è occasione di altre « trenodie »: almeno sino a tempi recentissimi ed anche in questi casi — per altro egregi o addirittura pregevolissimi — italianamente « complicati » da precisazioni epistemologiche.

Nel 1980 usciva per i tipi de *Il Mulino* una *Guida alla facoltà di Lettere e filosofia* a cura di Alberto Varvaro, *Guida* che ha conosciuto, in un contesto molto fertile e variato di proposte similari, un indubbio successo di riedizioni cinque a tutto il 1989 più o meno aggiornate a seconda dei settori considerati. Usciva nel momento del cosiddetto riflusso, ma non era « reazionaria » — né poteva esserlo, dati i collaboratori — ma solo timidamente pensosa. Ebbene, a scorrere l'indice delle materie, dalla prima alla quinta edizione, la *storia del diritto italiano* e la *storia del diritto canonico* vi erano menzionate una sola volta, nell'ambito disciplinare della « storia medioevale », da parte di chi Vi parla: il quale era anche l'unico responsabile di informazioni circa la materia *Paleografia e diplomatica*, visto che nel piano dell'opera — a parte la riproduzione letterale dei cosiddetti piani statutari, che ormai di statutario non hanno più nulla, nemmeno un aggettivo che pur in origine significava qualcosa — visto che, dicevo, non si era ritenuto di assegnare alla *Paleografia e diplomatica* o alla *Paleografia* e alla *Diplomatica* — il che sarebbe stato assai più congruo — una voce individuale. Individuale, ripeto, non indipendente. Esempio macroscopico di come, in una sede universitaria come quella bolognese, che aveva avuto un grandissimo maestro come Giorgio Cencetti ed aveva da anni sulla cattedra uno studioso quale Gianfranco Orlandelli che —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un ambito di grandissima rilevanza per il nostro argomento, la storia del notariato — ha segnato un momento fondamentale nel progresso degli studi, macroscopico esempio, dicevo, di come in una sede universitaria siffatta il fenomeno della « de-disciplinarizzazione » non si risolvesse in nessun modo in un'« attenzione all'*altro* », ma in una categoria orientativa di « insegnamenti affini », presente, nell'ambito delle materie storiche propriamente dette, solo sotto gli esponenti di *storia medioevale* e *storia della Chiesa*. Non questa era la tanto conclamata rilevanza della interdisciplinarietà. Non voglio in questa sede portare vasi a Samo, ma non posso fare a meno di ripetere, con entusiastico consenso, le parole del nostro carissimo ospite, che a proposito della *ivresse* documentaristica che ha animato ed anima una sterminata e sterminatamente mimetica produzione storiografica dei « nuovi storici » o « nuovi credenti » di un « nuovo positivismo » ricostruttore di una completa e totale ed altrettanto ipotetica realtà del passato, ha potuto acutamente scrivere di un « maneggiamento di strumenti che sono intrinsecamente giuridici, realtà a più dimensioni di cui si pretende valorizzare una sola ». In questo contesto, come faccio io, povero storico medievale senza aggettivi, a rendere avvertito il mio pur solerte studente che la fonte — sia essa documentaria o narrativa o come si soleva dire e si suole, con deprecabile ammiccamento, ancor oggi dire, letteraria — come faccio, dicevo, io povero storico medievale a rendere avvertito il mio pur solerte studente a capire che formule, parti del documento e, in genere, della fonte che è il suo principale e, in tanti casi, unico strumento per attingere il passato — lasciamo stare la « ricostruzione della realtà » — sono parti di una mentalità che è un *continuum* di cui egli ha perso oggi ogni senso? Ora è certissimamente vero quello che dice Paolo Grossi: il diritto è innanzi tutto una mentalità: « la permanenza della mentalità giuridica continua — storia pesante, storia lenta — penetrata nei cromosomi delle generazioni e scritta nelle cose »: ma va aggiunto che oggi come oggi — e massimamente in ambiti culturali (passatemi l'aggettivo purtroppo incongruo) che alla immanenza della mentalità giuridica non possono, anche nel migliore dei casi, essere sensibilizzati dai climi solitamente respirati nelle facoltà di Lettere e filosofia di oggi — il richiamo alla rilevanza duratura e perciò realmente storica di una mentalità non può avvenire quasi inconsapevolmente per il ridestarsi di elementi co-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienziali sopiti, ma non spenti, ma deve avvenire in maniera del tutto dispiegata. Qui la strumentistica può avere un'importanza fondamentale per far cogliere l'essenzialità di un atteggiarsi continuo — e quindi di un bisogno essenziale — nei rapporti all'interno della società medioevale, sto pensando che anche questo — non dirò soprattutto questo — ha ispirato la serie di *Hilfsmittel* di cui hanno pensato di dotarsi i *Monumenta Germanieae Historica*, diversi dei quali riguardano proprio l'ambito giuridico e diplomatistico: l'ultimo volume è quello dedicato a « Textstufen-Frühe Verbreitung - Vorlagen » del decreto di Burcardo di Worms, del 1991. Per « leggere il Medioevo » — se l'amico Armando Petrucci mi consente di prendere a prestito il titolo di un suo libretto recentissimo di « strumentistica » — occorre potere e saper leggere la tradizione che si cala in quella lettura. Non esiste allora una « relativizzazione » con l'epocale ed il geografico? È da negare allora la « de-disciplinarizzazione », di cui pur si è lodata la fecondità? Non sarà inopportuno fermarcisi dacché abbiamo da poco uno strumento che induce a meditare in proposito: mi riferisco al libro di Paolo Commarosano *Italia medievale. Struttura e geografia delle fonti scritte*.

Il libro di Cammarosano è molto di più, oserei dire infinitamente di più, che uno « strumento »: ed anche se un destinatario dichiarato e privilegiato è lo studente universitario che si accinge « ad elaborare una tesi di laurea » o che, laureatori « voglia proseguire le ricerche nel solco di una esperienza di studi universitari appena conclusa », anche se ha per oggetto esclusivo le fonti considerate soprattutto nella loro espressione documentaria, si pone già in *medias res* con il giovane studioso, come l'esperto nuotatore che, tuffando il principiante in mare, lo aiuti, a seconda dei vari fondali e correnti, ad adottare una tecnica di nuoto od un'altra. Una eminente preoccupazione di fruibilità ha guidato l'autore: ed in tal senso l'opera è unica nel suo genere. Per quanto concerne il nostro argomento, mi parrebbe difficile che da essa lo studente di lettere o di storia possa essere sollecitato a farsi un'idea del carattere progettuale che, per il medioevo in maniera eminente, ha rivestito il diritto; si accentua, semmai, la tendenza a scorgere — attraverso le esposizioni e le esemplificazioni anche di aspetti collegati con la storia giuridica — che nell'opera del Cammarosano non mancano certamente — una funzione strumentale del diritto, più che l'arco

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portante di una società. In altri termini — ed al livello ottimale di scaltrito mestiere — il destinatario è grandemente aiutato ad avvicinarsi alle fonti con buonissimo apparato di informazioni tecniche; che sia aiutato — come peraltro è presupposto dell'autore — attraverso il rifiuto dell'esposizione tipologica — a raggiungere tutto il positivo della « de-disciplinarizzazione », a guardare alle « connessioni istituite tra strutture delle fonti e determinate vicende storiche », può venire messo in dubbio dal fatto che — pur nella varietà dei referenti di organizzazione politica ai quali si intreccia la produzione delle fonti: ma sia lecito osservare che nessun aiuto viene a chi debba avvicinarsi al diritto canonico — la fonte, anche giuridica, è resa sempre funzionale al potere, ecclesiastico laico, regio, comunale, di corporazione professionale o di confraternita religiosa. Perché poi quella fonte si atteggi in determinate forme, ritenga di assolvere al suo compito esemplandosi nel solco di una tradizione o discostandosene vistosamente o parzialmente (e ciò si riscontra proprio nell'ambito della trasmissione di testi di interesse giuridico specialmente altomedievale), perché, in altri termini, sia importante comprendere la « cultura » cui si ispira la « produzione » della fonte, non sembra aver lo stesso rilievo che ha l'individuazione dei criteri di fruibilità. Per una qualsiasi *Einführung* che il giovane storico della Facoltà di Lettere e filosofia potrebbe attendersi dall'originale proposta di sintesi sulle fonti fatta da Paolo Cammarosano, in materia di storia giuridica, mi sembra di intravvedere qualche difficoltà. Rischia di trovarsi, nonostante tutto, in questo particolare settore di foresta da esplorare, come il personaggio hemingwayano di Francis Macomber evocato efficacemente da Armando Petrucci, *Leggere il Medioevo*, nel 1992. Comunque in senso lato uno dei tanti aspetti largamente positivi del libro di Paolo Cammarosano è il riabituare lo studente della Facoltà di Lettere e filosofia a valutare le fonti, cercandone una progettualità, che non può non essere sottintesa ad ogni scrittura. Non è, la mia, una considerazione anodina, dato il tema di cui stiamo discutendo, dacché proprio qui a Firenze si manifestò qualche anno fa una profonda divergenza, in tema di storia e dimensione giuridica: divergenza che non evoco tanto perché mi vide, assente, coinvolto, quanto perché divergenza rampollata da diverse valutazioni circa il modo di intendere e, quindi, di esprimere giudizi sulle fonti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quello della progettualità insita nell'essenza del diritto e pertanto nella sua storia era stato argomento che già Benedetto Croce aveva discusso nel III volume della quadripartita *Filosofia dello spirito* e non metterebbe nemmeno conto ricordarlo, se ancora una volta sette anni or sono a Firenze non si fossero pronunciate queste parole:

L'unico concetto che si può tranquillamente generalizzare — conclude il Capitani — è questo: l'agire umano è sempre stato rivolto a dei fini, ed è stato composto di propositi e di progetti: coscienza, consapevolezza degli attori della storia, senza di che non è possibile la storiografia. Ma — obietto —, a prescindere dal fatto che progetti e programmi possono essere campati in aria e velleitari e che bisogna tener conto della vichiana ' eterogeneità dei fini ', comunque proporsi propri fini particolari non significa sempre avere consapevolezza della situazione storica e dei mutamenti che vi si possono determinare, e meno che mai comporta necessariamente di avere coscienza dell'intero ' sistema '.

Per quel che ci interessa in questa sede resta importante, nel saggio che ora abbiamo esaminato, la posizione centrale che vi assume il problema di risolvere nella relatività storica il contrasto tra l'individuo, da una parte, e la norma e la struttura, dall'altra, e — nel pensiero storico — l'opposizione tra l'' idiografia ' e la ' nomotetica '.

Le difficoltà dell'amico Violante le aveva risolte Croce moltissimi anni prima: e forse non è un caso che in un recentissimo volume su *La scuola di Croce* egli veda, in certe mie impostazioni di carattere generale, l'influsso crociano; non parlerò di questo oggi, rimandando ad una serie di considerazioni che sto preparando circa il rapporto del crocianesimo con gli sviluppi della storiografia medievale. Per restare in tema, dacché se gli studenti, loro preparazione o impreparazione di base a parte, o i « giovani storici » di oggi, intendono la « de-disciplinarizzazione » in senso unico, ciò è dovuto anche — se non in buona parte — alle suggestioni dei maestri che nelle loro facoltà hanno udito e letto, ripeterò ancora soltanto che il tutto in tutto, l'autocentralità della struttura, in senso non marxista, ma in quello della « neue Verfassungsgeschichte », negando la tesi della continuità, non ha affatto privilegiato l'autentica e terminologicamente esatta conoscenza del Medioevo, spogliandola dalle incrostazioni anacronistiche delle concezioni dello stato liberale, ma ha celebrato — contro la centralità del senso dello spirito giuridico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Medioevo — una molto attuale e circostanziata ripulsa di quelle concezioni in una determinata cultura, quella germanica, accolta da molti medievisti italiani perché rispondente a loro personali e attualissimi convincimenti. Dei quali convincimenti non penserei minimamente di discutere. Impensabile, però, mi pare tanto più oggi, indurre i giovani delle facoltà letterarie e storiche — per quello che di queste ultime si possa parlare — a cogliere il valore della storia giuridica, indipendentemente da preoccupazioni o convincimenti attuali, senza ricorrere ai due concetti di tradizione e intepretazione.

Qui la mia testimonianza può assumere il valore di qualcosa di vissuto in prima persona nel corso di almeno venticinque anni nei quali ho affrontato da storico, non da giurista, alcuni temi fondamentali delle collezioni canoniche pregrazianee: procurandomi una preparazione di base che non solo non avevo, ma che doveva necessariamente fondarsi su informazioni acquisite attraverso la lettura di testi e manuali stranieri, stante l'assoluta — allora — indifferenza alla storia del diritto canonico, in ispecie quello pregrazianeo, della cultura storiografica medievistica italiana. Voglio dire che fu proprio la meditazione sui testi dei vari Fournier, Kuttner, Stickler, Fuhrmann, accompagnata dalla contestuale verifica sulle fonti, a convincermi della imprescindibile necessità di adattare nell'esame di tradizioni testuali un criterio per così dire « dinamico » nell'interpretare la trasmissione di testi, attraverso elaborazioni di personalità diverse e di contesti istituzionali diversi, anche al di là dell'apparente fissità di formule. Ciò mi indusse a ribaltare alcune tesi tradizionali in fatto di collezioni canoniche del sec. XI, avuto riguardo alla necessità di leggerle nel contesto storico più vasto e vario in cui erano state scritte. Mi convinsi in altri termini che la rigidità del formulario era solo un *topos* di una mentalità storiografica — vuoi di canonisti e giuristi vuoi soprattutto di storici — e che occorreva, specie in momenti di grande tensione politica e culturale, restituire una dignità propulsiva a testi che dovevano avere un'intelligibilità non irrigidita, se avevano, come avevano, una valenza polemica, addirittura libellistica. La strada che, illuminato da questa cautela — guardarsi dall'apparentemente identico o fortemente analogo — ho percorso è stata di una qualche soddisfazione, almeno a giudicare dai risultati che applicazioni di un certo metodo di « non-giurista » hanno ottenuto in miei allievi. Ma questo non mi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarebbe bastato se non avessi avuto il conforto di accorgermi che in fatto di lessico giuridico, le esplicazioni di carattere semantico andavano fondando — a un dipresso negli stessi anni — un nuovo modo di fare storia del diritto. E confesso un grande debito di gratitudine — che è quello di miei molti allievi, « letterati » di provenienza — a Paolo Grossi e a Pietro Costa. Il lessico giuridico interpretato nella varietà della casistica individuale: un punto di incontro tra due sfere tradizionalmente distinte se non opposte.

Ma intanto il lessico: che dà un'impronta formale che direi obbliga a interrogarsi circa la permanenza statica o circa un processo dinamico dei contenuti all'interno di un testo. E se su questo gli addetti ai lavori possono essere abbastanza concordi e pacificati, purché scontino il valore essenziale di quell'impronta formale, scontino cioè il suo carattere giuridico. Su questo il destinatario non professionalmente, non universitariamente giurista, deve essere avvertito: dacché il mutamento avviene per lo storico a patto che egli abbia coscienza che, quel che è mutato, aveva una sua identità che non si oblitera mai completamente o immediatamente nel passaggio semantico. Come sempre avviene per i fatti culturali. Se devo guardare a quanto — in uno stesso ambito di considerazioni, circa il valore semantico di un certo lessico giuridico — è avvenuto per la storia politico/istituzionale nella storiografia prodotta dalle facoltà di Lettere e filosofia, è appena il caso di richiamare il grande lavoro di decodificazione che ha subito l'impropria ed anacronistica concettualizzazione statuale del linguaggio del potere politico: ma è anche da valutare tutta la residualità imitativa di forme statuali, che quel linguaggio tentava di appropriarsi in una pluralità di rapporti incomponibili in una forma inadatta eppure insopprimibile. Onde avviene che con tutti i necessari *distinguo* si parli, anche da parte dei più smaliziati, di ordinamenti del pubblico, di costruzioni (cioè di progettualità, se non mi inganno) politiche, con una preoccupazione sempre più assillante, perché nata da un bisogno di verità, di calibrare il lessico, che si rivela sempre più, anche in questo campo, il vero luogo geometrico di un mutuo scambio tra giurista/storico del diritto e storico *tout-court*. Ma guai, ripeto, per i destinatari di un insegnamento storico giuridico formati alla scuola delle facoltà di Lettere e filosofia, non avere la cautela che deve indurre la tradizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lessicale, prima di assumere come *passe partout* l'interpretazione brillante e convincente di un maestro!

Non c'è, in questa considerazione, nessuna nostalgia per la situazione degli studi istituzionali, di storia istituzionale, intendo, quale poteva configurarsi tra i medievisti italiani prima del saggio magistrale di Giovanni Tabacco sulla *Dissoluzione medievale dello stato nella moderna storiografia*: tutto il contrario. C'è l'invito a non disperdere con semplificazioni riduttive lo stimolo fecondo a valutare sia il permanere di forme culturali che erano pure espressione di aneliti costruttivi e razionalizzanti, sia i contenuti diversi e diversissimi che in quelle forme si esprimevano, nel preciso contesto storico delle varie situazioni del Medioevo. Non è un'operazione facile: solo per fare un esempio è notissimo oggi l'imbarazzo che coglie non solo gli studenti migliori — o i « giovani storici », giovani per l'età, più che per appartenenza ad un *trend* storiografico — allorché si debba parlare di feudo: onde vien fatto di credere che a ciò pensasse un vecchio maestro, quale Carlo Guido Mor, allorché ritenne di scrivere un puntualissimo saggio su *« Feudum », un termine polivalente*, apparso nel 1982 negli « Atti dell'Accademia di Scienze, Lettere e Arti » di Udine.

E di qui ancora quella che a me pare una necessità per gli storici medievisti in erba che si formano nelle facoltà di Lettere e filosofia e di Storia — preparazione di base sempre a parte, in quanto discorso preliminare — di avvalersi ancora, ma con la saggezza e l'esperienza e la sensibilità che loro devono i maestri, delle tipologie delle fonti: che magari in Italia noi potremmo fare anche meglio di quanto non sia stato fatto dai collaboratori della meritoria iniziativa di Leopold Génicot. Solo che non la facciamo.

Analoghe considerazioni si potrebbero fare per il caso della rivisitazione, in connessione con la ripresa intensissima degli studi di storia agraria, dei contratti agrari: ma mi esime dal farlo un saggio che si raccomanda agli utenti delle facoltà di Lettere e filosofia particolarissimamente per questioni di metodo del nostro ospite Paolo Grossi, su *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* del 1988. Basterà citare — ad uso e consumo degli storici dell'economia agraria che provengano da Facoltà di Lettere e filosofia, anche giovani storici o appena laureati: « La proprietà, le proprietà — ... prima di essere paesaggio sono mentalità. L'ipotesi di lavoro è tanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficile quanto suggestiva ... Mentalità è quel complesso di valori circolanti in un'area spaziale e temporale capace per la sua vitalità di superare la diaspora di fatti ed episodi sparsi ... ed è pertanto da cogliersi come realtà unitiva ». È ancora difficile intravvedere come in una serie sterminata di studi sulla proprietà si possa e si voglia non dico arrivare al disegno, come auspica Grossi, ma addirittura arrivare a proporre quel disegno come esigenza, come cultura.

Una testimonianza richiesta ad un non giurista sul peso che ha nelle facoltà di Lettere e di Storia la storia del diritto, per l'ambito medievale, non credo possa avere una conclusione, che non sia quella implicita nelle poche cose che ho cercato di esporre di una serie di constatazioni di tendenze e di pericoli, nati sia dalla difficoltà oggettiva che hanno oggi gli studenti a valersi del primo strumento per avvicinarsi ad essa, sia dalla crisi profonda che si riscontra non solo e non tanto nel difficile rapporto tra storia e dimensione giuridica che non pare destinato a semplificarsi, anche se la continuazione del dibattito non potrà che risultare feconda, ma soprattutto nel valore da attribuire alla ricerca storica stessa, sempre più bisognosa di un elemento coordinatore, sempre più tentata da illusioni di globalismo descrittivo, che non può autogiustificarsi prendendo a pretesto la improponibilità di categorie conoscitive e coagulanti della società storica, individuate in una loro rigida fissità: contro queste da tempo la storia del diritto ha già vinto tutte le battaglie, anche per suggestione degli storici medievisti, senza aggettivi; ma questi, dal canto loro, dovranno avvertire la storia del diritto come parametro, in sé, dinamico e, all'esterno, dialettico, che è un tratto di cultura egemone e perciò unificante, almeno per il medioevo.

(*) Questo intervento ha i suoi riferimenti nel testo stesso; solo per una più immediata individuazione dei riferimenti in esso contenuti, diremo che sono ricordati, nell'ordine:

La Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, di sabato 13 dicembre 1969, parte prima, anno 110°, n. 314, pp. 7621-7622; *Guida dello studente per la Facoltà di Lettere e Filosofia*, Università degli Studi di Bologna, anno accademico 1991/1992, Bologna, Clueb, 1992, pp. 31 e 49-50; A. Varvaro (a cura di), *Guida alla facoltà di Lettere e Filosofia*, Bologna, Il Mulino, 1980, 1989, pp. 195-202 (pp. 175-181). Il riferimento agli scritti di Mario Sbriccoli e di Paolo Grossi è per i voll. AA.VV., *Storia sociale e dimensione giuridica*, a c. di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986; P. Grossi, *Il dominio e le cose*, ibidem, rispettivamente alle pp. 136 sgg.; pp. 11 sgg. (*Storia sociale* ... cit.); pp. 17-18; 624 (*Il dominio e le cose*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per la fecondità dei rapporti che potevano esserci tra apprendimento della diplomatica e della paleografia e immedesimazione nel mondo giuridico medievale, per un cultore di storia, senza aggettivi, mi permetto di rimandare a quanto scritto in una recente commemorazione di Gianfranco Orlandelli, di prossima pubblicazione in « Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le province di Romagna ».

Il saggio di G. TABACCO, *La dissoluzione medievale dello stato nella recente storiografia*, è apparso in *Studi medievali*, 3 s., II, 2 (1960), pp. 397-447, ma ha conosciuto una ristampa come fascicolo della collana « Estratti da Studi medievali », n. 4.

Le osservazioni di Violante, citate nel testo, si leggono in *Storia sociale e dimensione giuridica* ... cit., p. 114 e rinviano a molte cose che io ho scritto in *Medioevo passato prossimo*, Bologna, Il Mulino, 1979 e in *La nuova storia sociale come superamento di istanze idiografiche e nomotetiche*, in AA.VV., *Dieci prolusioni accademiche*, a c. di A. Lazaretto Zanolo, Vicenza, Istituto per le ricerche di storia sociale e di storia religiosa, 1985, alle quali vorrei pp. 167-186 aggiungere di recente *La Germania medioevale nella storiografia italiana del XX secolo*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, XVII (1991), pp. 227-255. Del crocianesimo Violante ha, del resto, un'idea molto discutibile: basti vedere quanto ne scrive in E. ROMEO, *La scuola di Croce*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 127-128. Giudizi e volume sul quale tornerò in un prossimo numero della « Cultura », con un saggio dedicato a Croce e la medievistica italiana (agosto 1993).

Il libro di P. CAMMAROSANO è *Italia medievale. Struttura e geografia delle fonti storiche*, Firenze, Nuova Italia, 1991.

Delle aporie, delle contraddizioni, dell'analfabetismo giuridico e didattico che hanno contrappuntato l'azione del legislatore in materia di normativa universitaria — al solo scopo di evitare di affrontare coraggiosamente i veri problemi e di respingere altrettanto coraggiosamente le compromissioni cui spingeva una classe politica desiderosa soltanto di guadagnarsi consensi (e voti e potere: per monetizzarlo come ha fatto: ed è sotto gli occhi di tutti!) — sono testimonianza i comportamenti di ministri e di docenti universitari, leggi, provvedimenti più o meno urgenti, sanatorie « ope legis », velleità di rigorismo e realtà di disfacimento culturale. Voglio dire a chiarissime lettere che del più importante patrimonio che aveva l'Italia degli anni cinquanta/sessanta — quello della cultura delle scuole medie superiori e delle Università — la classe politica (governo come « opposizione ») italiana ha fatto letteralmente scempio, per inseguire volgarissimi fini come la promozione della scuola superiore « non di stato », o l'appiattimento della « masse » di studenti alle interpretazioni paleomarxiste cui non credeva nemmeno l'« intelligenza » dei paesi dell'allora « socialismo reale », o l'abbassamento agli « standards » culturali delle cosiddette scuole superiori nordamericane, della cui inconsistenza concettuale, oltre che informativa, sono piene le cronache: per chi voglia leggerle, s'intende. Ma la falla più grave fu aperta dalla famigeratissima legge 910 dell'11 dicembre 1969, gabellata con ipocrisia tutta propria di un certo partito politico come « provvedimenti urgenti per l'Università », scodellati in attesa dell'« attuazione della riforma universitaria », che venne dopo undici anni (la non meno famigerata 382, del 1980!), quando il guasto era fatto! Se avesse efficacia in una società annientata dal disgusto per la propria classe politica, qual'è quella italiana, si potrebbe invocare, almeno in qualche caso, la « damnatio memoriae » per i firmatari di quella sventuratissima legge. Che comunque vanno ricordati: Saragat, Rumor, Ferrari Aggradi (!!!, ministro della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pubblica Istruzione), Colombo, Gava. Incentivo, quella legge, alla « qualcosologia » — di cui si sono visti i bei frutti! — alla faciloneria non solo degli studenti, chiamati tutti all'Università, in cui sarebbero naufragati non per colpa loro, ma, quel che è peggio, degli stessi docenti, chiamati alle « svendite » delle promozioni, per pigrizia o in odio al collega migliore e più serio o in nome del « chi te lo fa fare », àncora di ogni burrasca per il « benpensante » italiano. Alla tragedia si aggiunse la beffa: la contestazione — che in più di un caso ebbe il merito oggettivo di destare da certi sonni dogmatici docenti e studenti — si fece strumento di governo, di patteggiamento, di compromesso, storico e non, e l'Italia non conobbe ancora una volta una vera rivoluzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ELENA FASANO GUARINI

L'insegnamento di discipline giuridiche, e più specificamente della storia del diritto italiano, nelle Facoltà di Lettere è oggi assai scarsamente praticato. Raramente presente negli statuti dei Corsi di Laurea in Lettere ed in Filosofia, la storia del diritto compare in verità dall'origine in quelli dei Corsi di Laurea in Storia. Non so se il quadro pessimistico delineato or ora, a partire dalla sua esperienza bolognese, dal collega Capitani in merito allo sviluppo ed alla sorte di questi Corsi di Laurea sia generalizzabile: non credo valga, ad esempio, per quello attivato a Milano. Ma certo è che, indipendentemente dal loro minore o maggior successo, essi sembrano avere scarsamente utilizzato gli spazi aperti alle discipline giuridiche — insegnamenti che, insieme ad altri, avrebbero potuto e potrebbero contribuire ad una loro caratterizzazione al tempo stesso più ampia e più accentuata nell'ambito delle Facoltà di Lettere (1).

Nuove occasioni vengono oggi offerte dai Corsi di Laurea in Conservazione dei Beni Culturali, all'interno di un quadro, peraltro, assai più nettamente caratterizzato dall'idea della formazione di nuove 'professionalità' specifiche, e, in relazione a ciò, dalla presenza di contenuti tecnici fortemente delimitati. Lo statuto attuale del Corso di Laurea di Pisa, che ricalca quello di Udine, prevede, oltre ad un'area giuridica a profilo, per l'appunto, eminentemente tecnico, comune a tutti gli indirizzi, (2) la possibilità di attivare un

(1) Cfr. L. Baldissara, M. Legnani, M. Pedrolo, *Storia contemporanea e università. Inchiesta sui corsi di laurea in storia*, Milano 1993, dove in realtà i dati relativi alle discipline giuridiche abbracciano anche l'ambito modernistico.

(2) Comprendente gli insegnamenti semestrali di legislazione dei beni culturali e ambientali, legislazione dei centri storici, legislazione internazionale e comparata dei beni culturali e ambientali, legislazione regionale dei beni culturali e ambientali: cfr. Università degli Studi di Pisa, *Ordinamento degli Studi della Facoltà di Lettere e Filosofia*, a.a. 1992-93, p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insegnamento di storia del diritto italiano nell'ambito dell'indirizzo archivistico-bibliotecario. È però ancora da vedere quanto, ed in quale modo, queste occasioni verranno colte. Oltre alla attivazione di insegnamenti specifici esiste infatti, come è noto, la possibilità della mutuazione da altre Facoltà. Difficile dire in quale misura e con quale frutto vi si ricorra nei diversi contesti. Ma la mutuazione, così come, nella misura in cui è consentito, il ricorso agli esami fuori facoltà, servono soltanto ad aprire agli studenti di Lettere insegnamenti rivolti in primo luogo ad altri studenti, diversi per formazione di base e forse anche, in parte, per metodo di studio; non ad organizzare e pensare insegnamenti specifici, che di quelle differenze tengano il debito conto.

Dovrebbe essere insegnata la storia del diritto agli studenti della Facoltà di Lettere? Non ho esitazione a rispondere di sì. Per chi? Direi in primo luogo per tutti. Ritengo infatti che anche nella scuola secondaria la presenza di insegnanti in grado di trasmettere principi di diritto — nonché di economia — sarebbe cosa preziosa. Potrebbe essere un modo di dare sostanza ad un insegnamento contemplato dai programmi, ma spesso fantasmatico o retorico, come è l'educazione civica e di rendere più formativo quello della storia. Il diritto, così come l'economia, offrono infatti oggi strumenti essenziali alla conoscenza non solo del passato, ma del presente. Contribuiscono fortemente alla formazione del nostro lessico politico e sociale e dunque del linguaggio attraverso il quale ci sono trasmesse informazioni essenziali alla nostra capacità di orientamento nel mondo cui apparteniamo. Sarei tentata di dire che la familiarità con alcune categorie fondamentali appartenenti a questi ambiti dovrebbe oggi rientrare in un programma di piena alfabetizzazione. Pensare a questo fine all'attivazione nella scuola secondaria di insegnamenti autonomi, con una inutile ed anche pericolosa moltiplicazione delle aree didattiche, mi sembra tuttavia eccessivo e sbagliato. Ma proprio per questo può essere importante la formazione, nelle Facoltà a ciò delegate, di insegnanti di storia sensibili alla dimensione giuridica, così come a quella economica, e capaci di integrarle nel proprio insegnamento.

La storia del diritto dovrebbe poi avere un posto nelle Facoltà di Lettere in relazione alle esigenze scientifiche ed agli interessi specifici degli studenti e degli studiosi di storia, nel cui bagaglio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturale essa già oggi in alcuni casi rientra, benché senza dubbio in modo più confuso ed incerto di quanto sarebbe auspicabile. È naturale però chiedersi di quale diritto si intenda parlare, ed in funzione di quale storia. La domanda è legittima anche nella prospettiva più generale prima accennata: ma è su questo secondo piano — il piano della ricerca storica e dell'insegnamento ad essa più strettamente connesso — che io posso rendere una testimonianza personale, come è stato chiesto da Paolo Grossi ed è nello spirito di questo incontro.

Benché il mio ambito disciplinare ufficiale sia quello della storia moderna, ritengo di poter dire senza forzature eccessive di essermi occupata e di occuparmi di storia delle istituzioni, sia come studiosa che come docente; o almeno di essermi situata e situarmi ai confini di questo ambito disciplinare. Da brava storica ' generale ', o piuttosto ' generica ', come Cinzio Violante diceva nel 1985 a Firenze (3) ed io tenderei a ripetere, conscia delle difficoltà in cui oggi incorre chi voglia definire gli assi ed i confini della disciplina che ufficialmente pratico, mi sono sforzata e mi sforzo di collegare la storia delle istituzioni alla storia politica e sociale. Ho cercato e cerco di individuare, delle istituzioni, la genesi ed il significato politico; di analizzarne il funzionamento nella prassi, in rapporto ai contesti complessivi in cui esse operano. A partire dal materiale che esse producono o filtrano, posso poi tentare di ricostruire sistemi di poteri e conflitti soggiacenti; di analizzare, anche, relazioni e comportamenti sociali. Essere storici ' generici ' significa intrecciare linee di ricerca diverse, moltiplicare gli approcci.

Vi è oggi una contiguità indubbia e riconosciuta tra la storia delle istituzioni e la storia del diritto, ed è naturale il ricorso ad una certa bibliografia giuridica per chi voglia dare alla propria ricerca una dimensione istituzionale. In questa prospettiva è stato abbastanza frequente, da parte di storici ' generici ' sensibili alla dimensione istituzionale, anche l'uso diretto di fonti che di quella bibliografia sono il consueto alimento: raccolte legislative e statutarie e, più raramente, *consilia* e *decisiones*, trattati. Le prime sono fonti essenziali per ricostruire le norme che regolano le istituzioni ed i

(3) C. VIOLANTE, *Storia e dimensione giuridica* in *Storia sociale e dimensione giuridica*, Milano 1986, p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistemi di potere e, se opportunamente interrogate, possono offrire preziosi elementi di avvio anche alla ricostruzione della loro genesi e dei loro mutamenti, nonché della lotta politica che di questa genesi e di questi mutamenti può essere lo sfondo. *Consilia, decisiones* costituiscono poi il terreno primario, benché non sufficiente, per indagare come quelle norme siano state applicate, interpretate e corrette e dunque storicizzate, in relazione ai diversi contesti ed in funzione dei diversi equilibri politici e sociali che ne richiedevano l'uso.

Ma vi è anche un altro aspetto su cui vorrei richiamare l'attenzione. Le fonti giuridiche, prima dell'età delle codificazioni, riflettono l'elaborazione e la sedimentazione di una cultura e di un linguaggio che, con le loro forti e lunghe permanenze e le loro trasformazioni (talvolta macroscopiche, più spesso di non facile percezione), hanno accompagnato lo sviluppo dei sistemi di potere e l'evolvere dei rapporti sociali. Per quanto gli compete, lo storico 'generico' (ma soltanto quello 'generico' e non anche quello del diritto?) può e deve tendere a non isolare ed assolutizzare cultura e linguaggio giuridico. Può ad esempio chiedersi in che relazione questi stiano con altre culture e linguaggi, teologico-religiosi o politici nel senso più specifico del termine, ai quali è stata dedicata recentemente non poca attenzione (4). Ma l'elaborazione giuridica conserva una rilevanza centrale: trasmette categorie che sono servite storicamente a definire vicende costituzionali e rapporti sociali, perché di queste vicende e rapporti ha recepito e sistemato i lenti o bruschi mutamenti.

Di qui in primo luogo, a me sembra, l'efficacia formativa della storia del diritto. Su di ciò vorrei brevemente soffermarmi, allargando la testimonianza anche ad alcuni aspetti più strettamente didattici. Agli studenti che lavorano con me capita, almeno in sede di esercitazione o nel corso della preparazione della tesi di laurea, di

(4) Cfr. ad es., per il linguaggio politico, gli studi di J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975; trad. it. *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, 2 voll., Bologna 1980. Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought. I. The Renaissance. II The Age of Reformation*, Cambridge 1978; trad. it. *Le origini del pensiero politico moderno*, 2 voll., Bologna 1989; *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, A. Pagden ed., Cambridge 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

usare manuali, enciclopedie, monografie di storia del diritto; di compulsare raccolte legislative. Sono loro ovviamente note la *Legislazione toscana* raccolta da Lorenzo Cantini all'inizio del secolo XIX e la *Pratica* e la *Summa* tardoseicentesche di Marcantonio Savelli. Ma passa per le loro mani anche una trattatistica cui non si può ovviamente dare confini regionali. Diversi di essi hanno familiarità con raccolte statutarie; alcuni lavorano su fascicoli processuali. Per chi non abbia compiuto l'apprendistato organico previsto dalle Facoltà di Giurisprudenza o di Scienze politiche, non si tratta di letture facili ed amene. Ma chi non si arrenda alle difficoltà acquisisce una sorta di acculturazione, i cui frutti sono riscontrabili non tanto nelle nozioni acquisite, quanto appunto nell'arricchimento e nella trasformazione del modo di esprimersi, del linguaggio. Il contatto con la letteratura giuridica e l'esperienza delle fonti giuridiche forniscono quadri di riferimento, paradigmi tanto più precisi e concreti quanto più si fondano su tradizioni storiche (vorrei sottolineare l'aggettivo 'storiche') lunghe e consolidate.

L'esperienza che ho cercato di delineare come mia propria — quella di uno storico e di un docente che si muove al confine della storia delle istituzioni — non è, oggi, un'esperienza solitaria. Venti anni fa, certo, non erano molti in Italia i 'modernisti' attenti alla dimensione istituzionale. Ancora nel 1978, per continuare con la testimonianza diretta, non era facile — meno facile per un 'modernista' che per un 'medievista' — raccogliere un'antologia di saggi intorno al tema 'Istituzioni e società' nell'Italia della prima età moderna (5). E le difficoltà nascevano ben più dalla relativa carenza di studi cui si potesse attribuire una chiara dimensione istituzionale che non dalla mancanza di aperture verso la storia sociale. Forse anche per questo pochi anni prima un progetto dove molto spazio avrebbe dovuto essere concesso alle istituzioni, come quello dell'Atlante storico italiano, era tramontato rapidamente, lasciando poche

(5) Alludo alla antologia da me curata *Potere e società negli stati regionali italiani del '500 e '600*, Bologna 1978. La serie *Istituzioni e società nella storia d'Italia* comprendeva inoltre i volumi *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo* a cura di G. Rossetti, Bologna 1977; *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello stato del Rinascimento*, a cura di G. Chittolini, Bologna 1979; *Dagli stati preunitari d'antico regime all'unificazione*, a cura di N. Raponi, Bologna 1981; *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, a cura di I. Zanni Rosiello, Bologna 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tracce di sè. Ma il fatto stesso che il progetto dell'Atlante fosse stato elaborato; (6) il fatto che si fosse pensato a strumenti antologici di aggiornamento e discussione sul tema 'Istituzioni e società' dimostrano come proprio allora (negli anni in cui E. Rotelli e P. Schiera pubblicavano la loro raccolta di saggi su *Lo Stato moderno*) (7) la storia delle istituzioni incominciasse a suscitare un interesse non soltanto specialistico; la storia dello Stato a diventare un nodo importante di riflessione (8).

Era un interesse destinato non solo a crescere, ma ad arricchirsi proprio in alcune direzioni che conducevano più vicino alla storia del diritto. L'amministrazione della giustizia — in primo luogo di quella penale — è apparsa a diversi studiosi funzione primaria di governo; ed ai dibattiti, agli scontri, ai mutamenti, alle riforme di cui essa è stata oggetto è stato attribuito significato e valore politico. Nella 'politica del diritto' si è vista l'espressione di caratteri strutturali e dinamiche specifiche dei diversi sistemi di potere (9). Sono stati oggetto di studio i tribunali — senati, consigli di grazia e giustizia, rote; e dei giudici, giureconsulti, dottori — elemento costitutivo degli apparati statali nell'età moderna — si è indagato il ruolo politico e la collocazione sociale, l'ideologia e la cultura (10).

---

(6) Cfr. *Problemi e ricerche per l'Atlante storico italiano dell'età moderna, Atti del Convegno di Gargnano*, 27-29 settembre 1968, a cura di M. Berengo, Firenze 1971.

(7) *Lo Stato moderno*, 3 voll., a cura di E. Rotelli-P. Schiera, Bologna 1971-74.

(8) Per gli Stati italiani, oltre alle introduzioni delle raccolte antologiche cit. a n. 5, e senza riferirmi ai troppo numerosi studi specifici, cfr. G. CHITTOLINI, *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino 1979; C. MOZZARELLI, *Stato patriziato e organizzazione della società nell'Italia moderna*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, II, 1976, pp. 421-512; ID., *Il sistema patrizio*, in *Patriziati e aristocrazie nobiliari*, a cura di C. Mozzarelli e P. Schiera, Trento 1978, pp. 52-63.

(9) Si pensi agli studi sulla Repubblica di Venezia: G. COZZI, *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino 1982; *Stato, società e giustizia nella repubblica veneta (sec. XV-XVIII)*, 2 voll. a cura di G. Cozzi, Roma 1980-1985; *Crimine, giustizia e società veneta in età moderna*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano 1989. Più recentemente ricerche analoghe sono state svolte anche per la Toscana tra Medioevo ed Età moderna: cfr. A. ZORZI, *L'amministrazione della giustizia penale nella repubblica fiorentina. Aspetti e problemi*, Firenze 1988, ed il numero monografico della rivista « Ricerche storiche » *Istituzioni giudiziarie e aspetti della criminalità nella Firenze tardomedievale*, XVIII, n. 2, settembre-dicembre 1988.

(10) Per un quadro d'insieme degli studi in questo settore cfr. M. VERGA, *Tribunali,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La giustizia, d'altro lato, ha rappresentato in qualche misura anche un terreno di scontro ed incontro tra storici del diritto e delle istituzioni e storici della società (11). È ben nota la vivace discussione svoltasi pochi anni or sono tra Mario Sbriccoli ed Edoardo Grendi intorno alle fonti giudiziarie (12). Tra i nodi affrontati non vi sono state solo questioni di metodo, inerenti alla natura ed ai possibili usi di quelle fonti — in diretta connessione con il mondo del diritto e le forme di repressione o al fine di ricostruire relazioni, comportamenti, pratiche e conflitti sociali. Si è anche discusso della natura della giustizia negli Stati d'antico regime. Si è parlato dell'emergere del penale e del suo progressivo caricarsi di ' statualità '; e per altro verso della lunga sopravvivenza di pratiche che sfuggono, come avevano già scritto B. Lenman e G. Parker, alla ' legge dello Stato ' ed attestano la vitalità contrapposta della ' legge comunitaria ' (13). Si è discusso di ' dimensione giuridica ' e di ' Stato ', nonché dei modi di intendere l'una e l'altro a proposito dell'antico regime.

In effetti, al di là dell'intensificarsi delle ricerche in alcuni settori particolarmente vicini alla storia giuridica, sono questi gli assi intorno ai quali è andata creandosi una più stretta contiguità (che non vuol dire necessariamente consenso) tra storici ' generici ' e storici del diritto. Negli ultimi vent'anni la storiografia sugli Stati ha spesso seguito la strada dell'analisi ' costituzionale ', più ancora che ' istitu-

---

giudici, istituzioni. Note in margine ad un recente convegno, in *Quaderni storici*, XXV, 2 agosto 1990, pp. 421-444. Punto d'avvio dell'ampia rassegna critica è stato il Convegno su « Grandi tribunali e rote provinciali nel tramonto degli antichi regimi » svoltosi a Macerata, 8-10 dicembre 1989, atti in corso di stampa.

(11) Limitatamente ai primi secoli dell'età moderna cfr. A. Zorzi, *Tradizioni storiografiche e studi recenti sulla giustizia nell'Italia del Rinascimento*, in *Cheiron* 1992, pp. 27-78, con ottima bibliografia.

(12) E. Grendi, *Premessa* a *Fonti criminali e storia sociale*, in *Quaderni storici*, 66, 1987, pp. 695-700; M. Sbriccoli, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in *Studi storici*, XXIX, 1988, pp. 491-501; E. Grendi, *Sulla « storia criminale »: risposta a Mario Sbriccoli*, in *Quaderni storici*, 73, 1990, pp. 269-275. Sia il numero di *Quaderni storici* del 1987 sia quello di *Studi storici* del 1988 hanno carattere monografico ed intendono esemplificare diversi approcci allo studio della storia della giustizia penale e della criminalità.

(13) B. Lenman - G. Parker, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern England*, in V.A.C. Gatrell - B. Lenman - G. Parker, *The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale'. Prima che degli apparati essa si è interessata dei sistemi di potere, soffermandosi sulle forme — assolutistiche o pattizie e contrattuali — che li hanno caratterizzati e sui loro fondamenti giuridici. Si sono così moltiplicate le ricerche fondate su fonti giuridiche — statuti, capitoli, *consilia* — (14). E ad esse si è affiancata — in Italia non meno che in altri paesi — la discussione dei paradigmi in uso. Si pensi agli echi che ha avuto anche in Italia la grande 'querelle', nata altrove, sul paradigma dello 'Stato moderno': 'querelle' ormai antica, ma lontana dall'esaurirsi; tanto più fertile quanto più varie e contrastanti sono state le voci che ha raccolto; largamente aperta a storici del diritto, storici delle istituzioni e storici 'generici'. Si pensi alle discussioni di cui è stato oggetto, nello stesso solco, anche il paradigma dello Stato regionale, o, come pure è stato detto, dello Stato del Rinascimento (15).

---

(14) Cfr. ad es. per gli statuti: *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini e D. Willoweit, Bologna 1991, dove i contributi di parte italiana sono di G. Chittolini, E. Fasano Guarini, A. De Benedictis, G.M. Varanini, I. Lazzarini, M. Ascheri, C. Storti Storchi, R. Savelli; *Gli Statuti sassaresi. Economia, società, istituzioni a Sassari nel Medioevo e nell'Età moderna*, a cura di A. Mattone e M. Tangheroni; M. Ascheri, *Gli statuti: un nuovo interesse per una fonte di complessa tipologia* (introduz. al VII vol. del *Catalogo della raccolta di statuti*, a cura di G. Pierangeli e S. Bulgarelli, Firenze 1990, pp. 301-334; e per il Regno di Napoli P.L. Rovito, *La rivolta dei notabili. Ordinamenti municipali e dialettica dei ceti in Calabria citra 1647-1650*, Napoli 1988, pp. 149-152 e 192-195.

Meno frequente il ricorso ai 'consilia', sulla cui importanza cfr. D. Quaglioni, *Letteratura consiliare e dottrine giuridico-politiche* in *Culture et idéologie dans la genèse de l'Etat moderne*, Ecole française de Rome 1985 pp. 419-432; M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, pp. 85-210 e *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini 1991, pp. 181-256. Cfr. tuttavia A. De Benedictis, *Contrattualismo e repubblicanesimo in una città d'antico regime. Bologna nello Stato della Chiesa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII, 1992, pp. 271-273. Della stessa cfr. anche *Repubblica per contratto. Città e sovrano nella prima età moderna: Bologna nello Stato della Chiesa*, Bologna 1990.

(15) Cfr. i consuntivi ed interventi critici di E. Fasano Guarini, *Gli Stati dell'Italia centro-settentrionale tra Quattro e Cinquecento: continuità e trasformazioni*, in *Società e storia*, 21, 1983, pp. 617-639; G. Chittolini, *Stati padani, « Stato del Rinascimento »: problemi di ricerca*, in *Persistenze feudali e autonomie comunitative in stati padani fra Cinque e Settecento*, Bologna 1988, pp. 9-29; A. De Benedictis, *Stato, comunità, dimensione giuridica: una riflessione su recenti dibattiti*, in *Società e storia*, 40, 1988, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si sono così moltiplicati i percorsi che hanno condotto una parte degli storici ' generici ' alle frontiere della storia del diritto. È d'altro lato da ricordare che oltre queste frontiere si sono manifestate negli ultimi vent'anni tendenze in qualche misura speculari a combattere la separatezza della storia del diritto. Fin dall'inizio degli anni '70 Raffaele Ajello è andato opponendo al ' formalismo giuridico ' l'idea di una « storia di azioni e di idee (di fatto operanti) » (16). Ed è da allora che Paolo Grossi, pur riaffermando con vigore l'autonomia della dimensione giuridica, insiste sul profondo radicamento del diritto « nella cultura e nella società », « nelle strutture più profonde e più radicate di una civiltà » (17). Negli stessi anni Luigi Berlinguer auspicava il superamento dei caratteri dogmatici presenti nella storia del diritto ed un suo più stretto collegamento con la storia politico-sociale (18). Non sta a me, in questa sede, analizzare divergenze ed affinità degli orientamenti così emersi, nè sottolineare le difficoltà che essi hanno avuto ad affermarsi — difficoltà evidenti, se ancora nel 1985 a Firenze quello di ' de-disciplinarizzarsi ' poteva essere considerato problema aperto (19). Ma certamente essi hanno insieme contribuito a creare le condizioni del dialogo; ad aprire delle possibilità non solo ideali, ma concrete di incontro. E gli incontri, oggi, nella nostra pratica di lavoro, non sono rari. Si pensi alla larga partecipazione di storici ' generici ' e storici del diritto, oltre che del pensiero giuridico e delle istituzioni, al convegno su *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo* tenuto a Siena nel 1988 — una presenza ora attestata dalla lunga e varia serie di studi che di quel convegno son il risultato. Si pensi ancora

---

379-383. Sullo ' Stato moderno ' è riferimento centrale la voce di M. Fioravanti, *Stato-diritto intermedio* in *Enciclopedia del diritto.*

(16) R. Ajello, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, 1972, p. 204, ora in Id., *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976.

(17) P. Grossi, *Pagina introduttiva* a *Quaderni fiorentini*, cit., 2, 1973, p. 2. Cfr. anche Id., *Pensiero giuridico. Appunti per una voce enciclopedica*, ibid., 17, 1988, pp. 263-265.

(18) L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 1974, pp. 2-56.

(19) M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica* cit., p. 136-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'incontro tenuto a Trento sugli statuti cittadini (20), o al convegno di Macerata sui tribunali supremi (21).

Talvolta i confini tra storici 'generici' e storici giuridici possono così apparire incerti, nonostante il diverso percorso di formazione e le diversità di linguaggio — di grammatica, è stato detto — (22) che da questo derivano. Come non riconoscere anche un valore ed un taglio politico-sociale alle ricerche dedicate da Raffaele Ajello e dai suoi allievi ai togati ed ai funzionari napoletani, interessate alle dinamiche ed all'ideologia del ceto, alle condizioni politiche in cui questo operava e, oltre che alla dottrina, al modo in cui essa « diveniva potere »? (23). Gli steccati in talune direzioni si fanno meno alti. Ciò sembra porre qualche problema agli storici del diritto, preoccupati dell'autonomia della disciplina; meno ne pone invece agli storici 'generici', non minacciati di invasione, ma semmai imputati dai primi di un certo 'imperialismo' o, come ha detto amichevolmente Mario Sbriccoli a Firenze nell'85, di una « allegra tendenza all'occupazione delle terre » (24). Il rimprovero non mi sembra meritato. Oggi semmai il problema della storia generalmente intesa è il moltiplicarsi delle sollecitazioni cui è sottoposta, e la relativa crisi di identità che da ciò deriva. Più che tracciare rigidi confini disciplinari può essere in ogni caso utile distinguere metodi e problemi, oggetti di studio ed orientamenti, e su questa base individuare le collocazioni, ricostruire le relazioni tra storici.

Non andrò tuttavia lontano in questa direzione: mi limiterò a fare alcune considerazioni. Sarebbe sbagliato trasformare il disegno finora tracciato in un quadro compiuto, a tinte compatte, festosa

---

(20) *Statuti città territori* cit. cfr. n. 14.

(21) « Grandi tribunali e rote provinciali...»: cfr. n. 10.

(22) M. VERGA, *Tribunali, giudici, istituzioni* cit., p. 422.

(23) R. AJELLO, *Potere ministeriale e società al tempo di Giannone. Il modello napoletano nella storia del pubblico funzionario*, in *Pietro Giannone e il suo tempo. Atti del convegno di studi nel trecentenario della nascita*, a cura di R. Ajello, Napoli 1980, II, pp. 449-536; ID., *I filosofi e la regina, Il governo delle Due Sicilie da Tanucci a Caracciolo*, in *Rivista storica italiana*, CIII, 1991, pp. 398-454, 657-738; P.L. ROVITO, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli 1981; ID., *La rivolta dei notabili*, cit.; S. ZOTTA, *G. Francesco da Ponte. Il giurista politico*, Napoli 1987. Cfr. anche V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in sicilia. Il Ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI-XVII*, Napoli 1983.

(24) M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società* cit., p. 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentazione di un grande abbraccio collettivo. Bisogna invece riconoscerne il carattere parziale, frammentario. Gli incontri tra storici ' generici ' e storici giuridici sono pur sempre limitati. Restano incontri tra singole persone, intorno a temi e problemi definiti: le istituzioni, come si è detto; lo Stato; il pensiero giuridico-politico; il dibattito e la lotta politica, con le sue svolte e le sue rapide cadenze — molto presenti, ad esempio, a coloro che si sono incontrati intorno alla Leopoldina. Ci si può chiedere però se la duplice questione sollevata da Paolo Grossi nel 1985 a Firenze — la funzione essenziale del diritto per la comprensione delle civiltà e dunque la necessità di reintegrarlo tra le scienze umane dialoganti con la storia — abbia così trovato risposta adeguata. Non è ovviamente un caso che fosse allora stato scelto come primo interlocutore Jacques Le Goff, uno storico considerato come il depositario della lunga tradizione delle *Annales* — da Febvre e Bloch fino a Braudel. A lui, in primo luogo, Grossi poteva spiegare la sua visione del giuridico come « punta affiorante d'una radicazione profonda che pesca nel profondo di una civiltà » e proporre una linea di ricerca diffidente verso l'*événementiel* e interessata alla lunga durata delle mentalità, aliena da problemi di continuità ed origini, ed incline semmai alla sincronia (25). Altri problemi, dunque, altre proposte metodologiche: ed altre, forse meno frequentate, frontiere.

Ben pochi sono, in effetti, sia in Francia che in Italia, i lavori recenti di storia generale che si possono collocare in una simile prospettiva — di tempi lunghi e diritto radicato. Forse ad essa potrebbero meglio rispondere, se non ponessero in discussione proprio il lungo radicamento del diritto, alcuni lavori di impostazione antropologica, tesi, come l'*Antidora* di Bartolomé Clavero, (26) a trarre dal dibattito giuridico e teologico le tracce di sistemi di valori e di linguaggi — e dunque di mentalità — appartenenti al passato. A quella prospettiva si può accostare, ma per molti aspetti anche contrapporre, il recente libro di Paolo Prodi, *Il sacramento del potere*. È il libro di uno storico ben più vicino alla cultura tedesca

(25) P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica* cit., pp. 14-15.

(26) B. Clavero, *Antidora. Antropologica catolica de la economia moderna*, Milano 1991 (' Per la storia del pensiero giuridico moderno ' 39).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che a quella francese, che si autodefinisce non storico sociale, ma pienamente politico e con la storia sociale delle *Annales* polemizza proprio perché essa contrappone « l'avvenimento alla struttura » e perciò rischia di essere « storia senza tempo » (27). Il giuramento, strumento essenziale del patto politico, è tuttavia per Prodi il filo di una ricostruzione storica plurisecolare e pluridimensionale — attenta alla politica (in primo luogo ai rapporti tra Stato e Chiesa), alle istituzioni ed alle mentalità. Una ricostruzione in cui fortissima è in realtà proprio la dimensione giuridica: il giuramento infatti gli appare « uno degli istituti fondamentali nella genesi del diritto » (28) e la sua storia — storia mossa, segnata da mutamenti e svolte epocali (a partire dalla ' rivoluzione papale ' del secolo XII già studiata da Harold Berman) — (29) gli consente di vedere come proprio nel diritto e nel dualismo tra Chiesa e Stato, nell'autonomia del politico ad esso sottesi, la civiltà occidentale abbia uno dei suoi fondamenti.

Dialogare, incontrarsi vuol dire ovviamente discutere e talvolta contrapporsi; ma significa anche farlo in modo ravvicinato e scoprire talvolta la complessità dei problemi che proprio l'esistenza di un dialogo costringe a sollevare. Su queste basi — mi sia consentito ripeterlo — i fronti possono scomporsi e ricomporsi secondo logiche scientifiche più che disciplinari. Vorrei, per concludere, ricordare brevemente un incontro seminariale tenuto a Bologna nell'ottobre 1991 (30) tra storici e giuristi. Il titolo, ' Per la comprensione del rapporto tra potere e corpo sociale nella prima età moderna, argomenti e ruolo della letteratura giuridico-politica ', rivelava (o forse celava?) l'intento di discutere i rapporti tra i diversi approcci disciplinari a partire dai possibili usi delle fonti giuridiche, in primo luogo trattatistica e fonti giurisprudenziali. L'idea era che gli storici

---

(27) P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna 1992, pp. 19-20.

(28) op. cit., p. 21.

(29) H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983

(30) Organizzato da A. De Benedictis, nell'ambito di una ricerca 40% da me coordinata sul tema ' la giustizia tra tecnica e politica in età moderna ' (responsabili locali I. Mattozzi, Università di Bologna, V. Piergiovanni, Università di Genova, E. Fasano Guarini, Università di Pisa, G.B. Zenobi, Università di Urbino). Atti di prossima pubblicazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

‘ generici ’ presentassero preliminarmente agli storici del diritto questioni che paressero loro rilevanti e discutessero quindi le relazioni che questi avrebbero preparato come risposta.

La discussione ha ruotato intorno a due punti che mi sembrano di un certo rilievo. Il primo riguardava per l’appunto il valore della letteratura giuridico-politica come fonte storica. Fonte imprescindibile per lo studio dell’amministrazione della giustizia e della criminalità, certo. Ma, per alcuni, anche fonte privilegiata, centrale, « per intendere e descrivere — come diceva A.M. Hespanha — con una grande economia di lavoro i quadri di organizzazione della vita collettiva ... e le norme che disciplinano i comportamenti sociali tanto nelle loro relazioni con il potere quanto nelle relazioni private? ». E fonte relativa all’« immaginario sociale », alla « rappresentazione » della società, oppure documento di mentalità, relazioni e dinamiche reali? Ed ancora: fonte da contestualizzare — anche con strumenti e materiali non giuridici — o da trattare secondo i canoni atemporali dell’antropologia culturale? Il secondo punto riguardava i rapporti tra tempi della storia politica e tempi della storia del diritto, e quindi, indirettamente, le connessioni da porre tra la prima e la seconda. Così Mario Sbriccoli riproponeva la sua idea della centralità dell’evoluzione del diritto, e lungo questo asse ripercorreva la lunga vicenda dialettica che, a suo avviso, aveva condotto, insieme all’emergere del penale ed all’accentuarsi della repressione, all’affermazione progressiva delle garanzie individuali. Tempi lunghi, dunque, quelli della storia del diritto, o invece, come altri sottolineavano, tempi segnati da continui adeguamenti e dall’integrazione incessante del nuovo nel vecchio, commisurati a più serrate cadenze politiche e sociali?

La discussione è stata vivace. Non sono mancati toni caldi ed accuse più o meno esplicite di ‘ imperialismo ’, rivolte, in questo caso, dagli storici ‘ generici ’ agli storici giuridici. Vi era ovviamente chi contrastava l’idea della centralità del diritto, e più ancora dell’autosufficienza e della centralità della trattatistica giuridica e della giurisprudenza. Ma, a ben guardare, intorno ai problemi indicati non vi era accordo assoluto nè tra gli storici ‘ generici ’ da un lato, nè tra gli storici giuridici dall’altro; e le linee di demarcazione correvano tra gli uni e gli altri in modo alquanto irregolare. Ciò avveniva, ad esempio, a proposito dell’adozione di metodologie e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ottiche antropologiche; ed ancora a proposito del rapporto tra tempi lunghi e tempi brevi nella storia, tra eventi e strutture: questioni largamente dibattute nell'uno e nell'altro campo, con schieramenti interni e scelte divergenti.

Le discussioni valgono in sè, e non per le conclusioni che se ne traggono. Neppure qui, dunque è il caso di trarne. Basta forse osservare che la domanda posta inizialmente (quale diritto per quale storia?) è davvero legittima; ma non può riferirsi a precise definizioni disciplinari. Evoca invece questioni di carattere scientifico, o più semplicemente inerenti al modo di fare il nostro mestiere, che proprio il confronto tra storici di diversa formazione può rendere più urgenti e talvolta più chiare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RAFFAELE ROMANELLI

Se nell'organizzazione dei nostri lavori tocca a me dare testimonianza dell'insegnamento del diritto nelle facoltà di lettere per ciò che concerne in particolare la storia contemporanea, dovrei limitarmi ad una secca constatazione: la storia del diritto non è insegnata nelle facoltà di lettere o nei corsi di laurea in storia.

La cosa può sembrare in contraddizione col fatto che nei loro lavori gli storici italiani dell'età contemporanea hanno sempre fatto ampio spazio a problemi istituzionali, cosa del resto inevitabile, se si pensa che la storia dell'Italia contemporanea è dominata dal problema del formarsi dell'unità nazionale prima e quindi del passaggio dal regime liberale a quello fascista e da questo a quello repubblicano, nodi storici sui quali non è possibile interrogarsi senza discutere i problemi dello stato, della formazione dei vari ordinamenti giuridici, della loro maggiore o minore efficacia e durata rispetto alle rotture costituzionali e alle svolte politiche. Occupati da tempo a studiare questi temi e a farne oggetto di corsi universitari, gli storici contemporaneisti italiani non hanno mai ritenuto necessario includere le discipline storico-giuridiche — o quelle giuridiche tout court — nei curricula formativi della « professione ». Nemmeno in senso del tutto funzionale alla pratica archivistica, quella che suggerirebbe di metter mano alle carte d'archivio solo se si conosce la ratio organizzativa, la struttura dell'organo produttore di documentazione. Del resto, se nel campo della storia medievale e moderna in certi momenti l'esegesi delle fonti ha costituito l'essenza stessa della disciplina storica, nel campo della storia contemporanea il problema della struttura e della natura delle fonti, e in genere degli archivi, è

(*) *La redazione di questo intervento mi ha dato occasione di sottoporre le mie osservazioni ai commenti di Giorgia Alessi, di Mauro Moretti e di Fabio Rugge. Li ringrazio.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenuto vivo solo da chi vi ha dedicato attenzione specifica e quasi specialistica (1), oppure quando presenta i caratteri della novità assoluta, che non è dato ritrovare nei periodi precedenti, come accade al tema degli archivi d'impresa, di quelli audiovisi o di fonti orali (2). Come ha osservato Claudio Pavone, manca insomma una « diplomatica dell'atto moderno »: fuori di questi ambiti particolari e di queste attenzioni specialistiche, di fronte a fonti archivistiche « correnti » quali possono essere le carte d'una prefettura, di una amministrazione comunale o di un uomo politico, si dà spesso l'impressione che il giovane storico, il laureando o il dottorando debba conoscere per virtù innata l'istituzione che sta studiando, o per la semplice sua natura d'uomo di oggi, come del resto è accaduto per il diritto elettorale vigente, che almeno fino al recente dibattito politico si fingeva noto ai cittadini-elettori.

Insoma, l'esclusione del diritto dalle facoltà di lettere è netta e coerente. Se non vado errato, tra l'insegnamento di Storia delle Istituzioni medievali, che Alberto Del Vecchio teneva a metà degli Ottanta del secolo scorso presso l'istituto di studi superiori a Firenze (e che ovviamente nulla aveva a che fare con la storia contemporanea) (3) e quello di Storia del diritto acceso in tempi recenti presso la facoltà di lettere di Roma (che invece è affidato a un contemporaneista, Carlo Ghisalberti), non c'è nulla di mezzo. Naturalmente, si potrebbe muovere qualche obiezione a questo nostro equiparare il corso di studi letterari — dei quali ci è stato chiesto di parlare —

---

(1) Penso alla sensibilità « di confine » tra archivistica e storia contemporanea costantemente dimostrata da Claudio Pavone — del quale ai fini di questa comunicazione tengo presenti soprattutto *Stato e istituzioni nella formazione degli archivi*, in *Il mondo contemporaneo*, X, *Gli strumenti della ricerca*, vol. 2, Firenze 1983, e l'intervento pronunciato all'incontro di studio su *Storia sociale e dimensione giuridica* il 26-27 aprile 1985 i cui Atti sono pubblicati a cura di P. Grossi, Milano 1986 — o al lavoro di Isabella Zanni Rosiello, *Archivi e memoria storica*, Bologna 1987.

(2) Cfr. *Le fonti orali,* a c. di P. Carucci e G. Contini, « *Rassegna degli archivi di stato* », a. XLVIII, n.1-2 (genn-ago 1988); *Gli archivi e la memoria del presente*. Atti dei seminari di Rimini (1988) e di Torino (1989), Roma 1992. Cfr. anche, in generale, *Gli archivi per la storia contemporanea. Organizzazione e fruizione*. Atti del seminario di studi, Mondovì 23-25 febbraio 1984, Roma 1986.

(3) Ne parla M. Moretti, *Note su storia e storici in Italia nel primo venticinquennio unitario,* in *Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia*, a c. di P. Schiera e F. Tenbruck, Bologna, Il Mulino 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la formazione degli storici di professione: è vero che le facoltà di lettere non sono preposte istituzionalmente alla formazione né di ricercatori in senso lato, né di storici. Parlando delle facoltà di giurisprudenza, si fa spesso riferimento alle esigenze di formazione dei giuristi come intellettuali chiamati in quanto tali « ad una qualche progettazione, ad una funzione etico-politica » come qui ha detto Adriano Cavanna. Ebbene, le facoltà di lettere sono invece facoltà prive di grandi tradizioni, sorte per la formazione di insegnanti medi in campo per l'appunto « letterario », tanto che non è mai stato possibile inserire nel curriculum della scuola media alcuna pur pallida nozione di « educazione civica » che comprendesse qualche rudimento di informazione costituzionale. È però vero che oggi come un secolo fa, a partire cioè da quando la disciplina si è professionalizzata, gli storici di norma provengono da qui, dalle facoltà di « belle lettere », e che la presenza tra i docenti di storia di laureati in altre facoltà, e segnatamente in quella di giurisprudenza, per quanto possa risultare significativa in relazione alle tematiche studiate dall'uno o dall'altro, o alle maggiori e minori sensibilità dimostrate per il fatto giuridico, rimane del tutto episodica e certo non consente di distinguere, come accadeva agli inizi del nostro secolo, tra « storici puri », più vicini al vecchio filologismo, e storici di formazione giuridica, più sensibili alla complessità dei fatti storici (4). Non è un caso, del resto, se i nuovi corsi di laurea in storia sono stati creati in facoltà di lettere, con statuti che non dànno spazio alcuno al discorso giuridico (come d'altronde non ne fanno alcuno all'economia o alle moderne scienze umane come la sociologia o l'antropologia), anche se di quando in quando e da luogo a luogo, insegnamenti storico-giuridici vi sono stati attivati, con il disordine e l'occasionalità che caratterizzano la programmazione didattica nel nostro paese (5). Infine, nemmeno gli istituti immaginati

(4) Mi riferisco a quanto scriveva Gioacchino VOLPE in *Ancora dell'insegnamento superiore della storia e della riforma universitaria*, in *Nuovi Doveri*, 15.4.1908. Sull'argomento tornerò tra poco. Quanto alla presenza di laureati in giurisprudenza tra gli attuali professori ordinari di prima fascia di Storia contemporanea, non ho dati sistematici. Mi risultano però che lo sono Francesco Barbagallo (Napoli), Enzo Collotti (Firenze), Emilio Papa (Bergamo), Paolo Pombeni (Bologna), Pietro Scoppola (Roma) e Nicola Tranfaglia (Torino).

(5) Uno studio recente svolto sui corsi di laurea in storia attivati nelle sedi di Bologna,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specificamente per la formazione professionale degli storici hanno mai fatto spazio allo studio del diritto: non l'Istiuto Italiano per gli Studi Storici di Napoli, non le fondazioni private che portano il nome di Einaudi o di Feltrinelli, e infine nemmeno i corsi di dottorato che hanno fatto la loro apparizione nell'ultimo decennio.

* * *

Come dobbiamo giudicare questa determinazione nel mantenere netto e profondo il fossato che divide l'insegnamento della storia dalle discipline giuridiche? È davvero il caso di dichiararcene insoddisfatti e di auspicare nuovi scambi e collegamenti? Ed eventualmente con quali settori delle discipline giuridiche? Sarebbe più utile al discorso storico la conoscenza del discorso giuridico — elementi di storia del pensiero — oppure di storia delle istituzioni, o ancora di teoria generale del diritto?

Personalmente non ho risposte nette a questi interrogativi. Insegno da ventun anni in facoltà di lettere, dove ho più volte svolto corsi e assegnato tesi su temi di storia delle istituzioni. Ho sempre pensato che fosse strano mandare gli studenti a consultare carte di prefettura senza che essi sapessero cosa è una prefettura, o anche farli lavorare negli archivi notarili senza che essi sapessero cosa è un contratto. E quindi ho sempre pensato che occorresse che essi

---

Genova, Firenze, Milano, Siena, Trieste e Venezia (escludendo dunque Cosenza e Pisa), mostra che in tutte le sedi è stato attivato l'insegnamento di Istituzioni medievali, mentre distinguendo tra i vari « indirizzi » risulta che in quello moderno Genova ha attivato Diritto ecclesiastico e Diritto canonico dal 1975-'76 al 1983-'84 e Siena Storia del diritto italiano dal 1987-'88. Nell'indirizzo contemporaneo troviamo solo un Diritto costituzionale attivato a Milano dal 1976-'77 al 1984-'85. Tra gli insegnamenti comuni a tutti gli indirizzi sono attivati Diritto internazionale a Bologna dal 1972-'73 e a Genova dal dal 1975-'76 al 1983-'84, Istituzioni di diritto privato a Genova dal 1971-'72 al 1983-'84, Storia del diritto italiano a Bologna dal 1972-'73 e a Genova dal 1971-'72, Storia delle istituzioni a Trieste dal 1976-'77 al 1985-'86. Nella « proposta di ristrutturazione dell'ordinamento didattico del corso di laurea in Storia » avanzata congiuntamente dalle facoltà di Lettere e Filosofia delle Università di Tieste, Bologna, Venezia, Pisa, Genova, Siena e Cosenza nel giugno 1981 vengono indicati tra gli insegnamenti complementari da inserire nell'indirizzo contemporaneo Storia del diritto italiano, Storia delle costituzioni e della codificazione, Storia dell'amministrazione pubblica, Diritto pubblico generale, Diritto costituzionale italiano e comparato. Cfr. L. BALDISSARA, M. LEGNANI, M. PEDROLO, *Storia contemporanea e università. Inchiesta sui corsi di laurea in storia*, Milano 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avessero una qualche formazione « tecnica » in argomento. Ma in cosa consiste una formazione tecnico-giuridica? E come la si ottiene? Elementi di teoria generale del diritto o di storia del pensiero giuridico sono davvero utili a chi deve consultare un atto notarile? E per possedere generiche nozioni di storia costituzionale o amministrativa è proprio necessario ricorrere ad appositi insegnamenti? L'incertezza sembra riguardare anche i colleghi delle facoltà di giurisprudenza ai quali per consuetudine mando i miei laureandi; preparando per loro dei programmi d'esame particolari, nei quali la parte storica generale finisce coll'avere più spazio di quella giuridica specialistica e che dunque mal si distinguono dai programmi di storia contemporanea, mi hanno spesso fatto pensare quanto sia critico anche per loro, in particolare nel settore giuspubblicistico, il confine tra diritto positivo e storia del diritto.

È evidente infatti che sono qui chiamati in causa la struttura delle discipline e dei saperi, ma anche l'organizzazione didattica che vige in un dato momento e in un dato luogo. La situazione in cui operiamo nasce da una vicenda accademica, disciplinare e in senso lato politica dalla quale i nostri orientamenti di oggi non possono prescindere. Del resto, la stessa questione della quale ci stiamo occupando è già stata discussa ampiamente agli inizi del nostro secolo. Chi oggi lamenta lo scarso contatto tra storici e diritto ha difficoltà a non riprodurre tali e quali le varie parole scritte allora da Gioacchino Volpe nel denunciare l'« abisso » che separava le facoltà di legge come luogo di formazione dei giuristi e quelle letterarie come luogo di formazione degli insegnanti e degli storici, l'impermeabilità tra le rispettive biblioteche, i luoghi e i percorsi della ricerca, le conseguenze « lacrimevoli e quasi comiche » di quella separazione, per la quale « abbiamo giovani che studiano storia antica senza conoscere il diritto romano, che si occupano di storia della Chiesa e sì e no hanno sentito dire che lì a due passi vi è un insegnamento di diritto ecclesiastico (..), che parlano di Stati e società e costituzioni e rivoluzioni senza aver prima o contemporaneamente approfondito certi concetti di « società », di « Stato » o altri consimili » (6). « Abbiamo una produzione storica, aveva scritto

(6) Dalla Relazione generale su *Insegnamenti e studi*, pronunciata da Volpe al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in altra occasione lo stesso Volpe, frutto quasi solamente dell'albero universitario e professorale in genere, che rivela la scarsa cognizione, se non sempre ignoranza, delle discipline economiche e giuridiche; la continua tendenza a scivolar nel vago, nell'improprio, nell'inesatto, ogni volta che vi si accenni ad istituti del diritto ed a fatti della produzione e circolazione dei beni... » (7). Volpe scriveva in questo caso proponendo sulla rivista di Lombardo Radice, « Nuovi doveri », una indagine sulle riforme da introdurre nell'insegnamento della storia nelle università sull'esempio di quella svolta in Francia nel 1904 per iniziativa della « Revue de synthèse historique » di Henry Berr. In uno scritto precedente comparso sulla « Critica » aveva collegato lo « scarso rendimento » del lavoro storico al difetto di conoscenze giuridiche, mettendolo « in rapporto col nostro ordinamento universitario, con la divisione delle Facoltà, con la deficienza o la cattiva distribuzione di certi insegnamenti, con la coazione che schiaccia i giovani » (8). Per risolvere il problema non c'erano quindi che due vie: « o arricchire di taluni indispensabili insegnamenti le facoltà di lettere, come sarà il caso di fare dove sono solamente speciali Istituti superiori; o aprire i cancelli delle Facoltà di lettere e legge (..). Nell'un caso e nell'altro, mutare e diminuire le materie obbligatorie (...), o meglio ancora, lasciare fin dal principio, almeno nei due ultimi anni, piena libertà di studio » (9). Insomma, « abbatter le trincee attorno alle Facoltà, dare una maggiore libertà di movimento all'Università e a chi la frequenta », oppure specializzarne alcune, « nel senso che ognuna diventi come un grande istituto largamente organizzato per uno o due determinati ordini di studii » (10).

---

congresso dell'Associazione nazionale dei professori universitari nel 1913 e ristampata nella edizione accresciuta di *Storici e maestri*, Firenze 1967, p. 22.

(7) G. VOLPE, *Ancora sull'insegnamento...*, cit., p. 2.

(8) *Insegnamento superiore della storia e riforma universitaria*, in *La Critica*, 1907, n. 6, ora in *Storici e maestri*, cit., p. 13.

(9) Ibd., p. 15.

(10) Ibd., p. 10. Nella stessa linea era il contributo di Amedeo Crivellucci all'indagine avviata da Volpe e pubblicato su « Nuovi doveri » il 31 ott. 1908. Crivellucci tra l'altro sottolineava l'inefficacia delle norme che già allora consentivano di creare nuovi istituti o seminari interdisciplinari dal momento che il carico degli esami obbligatori impediva agli studenti ogni diversione. Proponeva quindi un nuovo piano di studi con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La prospettiva era dunque quella di superare l'ordinamento per facoltà, di liberalizzare i percorsi di studio, di creare appositi istituti superiori e concentrare in poche sedi le grandi specializzazioni. È noto che questa via non fu percorsa che in minima parte. La creazione tra il 1924 e il 1926 della facoltà di scienze politiche da un lato e della Scuola di Storia Moderna e Contemporanea di Roma dall'altro — entrambe nate sulla base dei suggerimenti volpiani (11) — sono le uniche concretizzazioni di questo progetto, che peraltro si sovrapposero agli ordinamenti accademici che Volpe criticava e non ne mutarono il quadro complessivo. A quelle lontane iniziative non è dunque in alcun modo accreditabile la più recente fortuna di una storiografia consapevole dei quadri istituzionali. Se la scuola romana ebbe in effetti un ruolo centrale nel fondare i quadri migliori della generazione di storici del dopoguerra — soprattutto nel settore modernistico —, è noto che la facoltà di scienze politiche ebbe fin dall'inizio e ha mantenuto poi finalità di formazione politico-amministrativa più che accademico-scientifica in campo storico e ha perciò lasciato insoluto il problema di creare una « facoltà di scienze storiche », progetto di cui si è tornati a parlare invano trent'anni or sono, nel quadro di una riaffermazione post-resistenziale dell'« alto valore formativo delle discipline storiche nello sviluppo di una moderna coscienza civile e sociale » (12). Per il resto, le trincee

---

cinque diversi corsi di laurea nei quali la parte filologica era molto alleggerita; quelli in « filologia moderna e storia moderna » e in « filosofia e storia modera » comprendevano tra l'altro Istituzioni di diritto romano, Statistica, Diritto romano, Storia del diritto del medioevo, Scienza dell'amministrazione, Economia politica, Diritto internazionale, Diritto ecclesiastico e Diritto italiano. Sulla questione vedi di M. Moretti, *Note su storia e storici in Italia..*, cit., e *Il giovane Salvemini tra storiografia e « scienza sociale »,* in *Nuova rivista storica*, a. CIV, fasc. I (1992), pp. 220 e sgg.

(11) U. Massimo Miozzi, *La scuola storica romana (1926-1943)*, I, *Profili di storici, 1926-1936*, Roma 1982.

(12) Così suona l'ordine del giorno votato da un convegno di professori di storia promosso nel settembre del 1962 da un gruppo di storici (Barbieri, Delle Piane, De Martino, Gambi, Luzzatto, Martini, Sestan, Spini, Valsecchi e Venturi) e nel quale, oltre ad auspicare un maggiore sviluppo e una maggiore autonomia per l'insegnamento della storia, i necessari collegamenti con le scienze umane e la costituzione di una laurea specifica in scienze storiche, si facevano voti perché « nelle facoltà di Scienze Politiche sia fatto sempre più largo posto all'insegnamento delle discipline storiche, trasformando dette facoltà in facoltà di Scienze storico-politiche ». Vd. il testo della mozione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attorno alle facoltà non sono state abbattute, e valgono ancora gran parte delle osservazioni fatte da Volpe sui loro effetti nei due diversi settori, quando non solo denunciava la scarsa sensibilità giuridica degli storici, ma scriveva anche che « giuristi ed economisti non pare sentano il bisogno che il diritto romano e costituzionale o la filosofia del diritto dei loro allievi poggino sopra una conoscenza un po' meno superficiale della storia... » (13), mentre « un giurista che non abbia familiarità con quel che l'uomo è venuto maturando e innovando nel corso dei secoli (...) non può essere neanche un buon amministratore della giustizia ed interprete delle leggi » (14). Gli sviluppi più recenti dell'ordinamento accademico hanno poi preso tutt'altra direzione da quella auspicata da Volpe: la crescita tumultuosa e clientelare del numero delle sedi ha impedito ogni possibilità di specializzazione ed ha anzi riproposto più o meno degradato lo stesso modello ovunque, mentre l'istituzione dei dipartimenti o la liberalizzazione dei piani di studio — che in sé sembrano realizzare le proposte citate di Volpe e di Crivellucci — non hanno affatto alimentato quella sorta di transdisciplinarietà elevata alla quale pensava Volpe, ma semmai hanno ristretto ulteriormente lo spettro delle esperienze culturali degli studenti, che ora sono invitati a muoversi nervosi ed errabondi entro confini ancor più angusti, replicando più volte lo stesso insegnamento, anche se con titolature variate e prive ormai di nesso alcuno con una sensata definizione disciplinare.

Eppure, di fronte all'attualità di tante osservazioni di un Volpe, ci sono elementi che le rendono in certo senso inattuali e quasi

---

commentata da Ernesto Ragionieri, in *Studi storici*, a. III (1962), pp. 659-553. La trasformazione non è avvenuta, e come già si diceva è significativo che essa sia stata in qualche modo sostituita dalla creazione di corsi di laurea in storia presso le facoltà di lettere. Ciò non toglie che le facoltà di scienze politiche abbiano laureato diversi degli attuali storici dell'età contemporanea. Anche in questo caso, un sondaggio in materia sarebbe assai interessante. Sempre scorrendo in modo casuale gli elenchi dei ruoli ordinari, notiamo ad esempio che sono laureati in scienze politiche Camillo Brezzi (Arezzo), Cosimo Ceccuti (Firenze), Gian Biagio Furiozzi (Trieste), Ernesto Galli della Loggia (Perugia), Ariane Landuyt (Siena), Daniele Menozzi (Trieste), Alceo Riosa (Milano), Angelo Varni (Bologna), Roberto Vivarelli (Pisa, SNS).

(13) *Storici e maestri,* cit., p. 8.

(14) Ibd., pp. 16-17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fuorvianti. Se infatti guardiamo non l'ordinamento degli studi e la questione dell'insegnamento della quale oggi si vuol parlare, ma i percorsi della ricerca, dobbiamo constatare che molti degli auspici della scuola economico-giuridica si sono di fatto realizzati. In polemica con la storia erudita da un lato e quella semplicemente narrativa dall'altro si invocava allora una buona iniezione di economia e soprattutto di diritto, affinché lo storico avesse dei « punti fermi, degli elementi costanti in mezzo al flusso perenne, spesso accidentale, delle cose... », studiasse le « energie elementari e fondamentali e inconsapevoli » della società umana ([15]). Ora, per quanto si possano ripetere quasi alla lettera alcune critiche rivolte allora alla storiografia italiana, non c'è dubbio che per altre vie e percorsi (che forse devono più all'influsso francese che non alle autoctone predilezioni materialistiche), di siffatta inconsapevolezza di quadri strutturali non si possa più parlare al giorno d'oggi. La familiarità con le istituzioni del passato, la diretta conoscenza delle maggiori questioni giuridiche dell'epoca studiata sono io credo acquisite se non da tutti almeno da larghi settori della disciplina.

Non è nostro compito qui esaminare i modi per i quali l'« abisso » si è almeno in parte colmato anche senza gli scambi didattici e il radicale rinnovamento degli ordinamenti accademici auspicati agli inizi del secolo e che evidentemente non erano di per sé essenziali. Vogliamo invece sottolineare che se un progresso in tal senso c'è stato, esso riguarda la storia medievale e moderna e non quella contemporanea della quale ci stiamo interessando qui e che anzi appare da un lato sempre più lontana dai linguaggi, dalle capacità innovative, dai riferimenti metodologici che tratteggiano la storiografia italiana anche sulla scena internazionale, dall'altro particolarmente priva di contatti con la cultura giuridica e con i problemi del mondo del diritto.

Incidentalmente si noti, a proposito di questa estraneità della storia contemporanea a molti dei discorsi di metodo che anche qui vengono richiamati, che quanti sostengono che non è più il caso di parlare di « storia del diritto italiano » in quanto il termine sarebbe pertinente solo a partire dall'unità d'Italia, e quindi ne concludono,

([15]) Ibd., p. 10. La stessa espressione è ripetuta nell'intervento del 1908 su *Nuovi doveri.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come fa la stessa commissione per la riforma delle facoltà di giurisprudenza, col suggerimento di titolare la disciplina « storia del diritto in Italia » o di sbarazzarsi del tutto della dizione, non prendono nemmeno in considerazione la possibile obiezione dello storico dell'età contemporanea, il quale, concordando nell'analisi, ne concluderebbe semmai per la necessità di impartire anche corsi di storia del diritto per l'appunto italiano, cioè postunitario (16).

Al di là di queste pur rivelatrici questioni di titolature, credo che ci siano ragioni profonde per le quali la storia del diritto sembra aver compiuto il massimo gesto di coraggio nel ridimensionare l'apporto della romanistica e nel far slittare quanto più avanti possibile nella storia il suo fulcro, attestandolo saldamente nell'età moderna e lì compiendo i suoi più innovativi esperimenti. Bisogna innanzi tutto sottolineare il fatto che l'incontro di cui parliamo, più che genericamente con la storia, avviene con un settore ben definito e predestinato degli studi storici, quello della cosiddetta storia sociale. Quando gli storici del diritto cercano un « diritto nella sua realtà vissuta », o segnalano « l'esigenza di fornire una storia del diritto e delle istituzioni libera da ipoteche dogmatiche e radicalmente risolta in una storia della società tutta intera », quando si compiacciono che gli studi rivelino « una forte capacità di ripercorrere l'intreccio fra società e istituzioni, il rapporto dialettico fra diritto e politica », manifestano una palese affinità elettiva con le vie percorse dalla storia sociale. La loro stessa opzione « antiformalistica », in quanto è riassumibile nel rigetto di ogni idea di sistema giuridico completo, in vario modo « chiuso » e autoreferenziale, e quindi, in positivo, nell'esigenza di prendere in considerazione i contesti politici, economici, sociali in cui il diritto vive, di fatto coincide con le scelte compiute dalla storia sociale per l'analisi « globalizzante » dei contesti storici (17).

---

(16) Così come, ascoltata la lezione crociana sull'impossibilità di una « storia d'Italia » prima del 1860, lo storico non ne ha concluso certo che di storia dell'Italia contemporanea non si dovesse parlare affatto. Cfr. di B. CROCE, *Recenti controversie intorno all'unità della storia d'Italia* (1936), in *La storia come pensiero e come azione*, Bari 1938.

(17) « Si veniva affermando un netto rifiuto del formalismo giuridico proprio della storia dei dogmi privatistici e pubblicistici e si manifestava un sensibile accostamento ai temi e ai metodi della storia sociale e politica »: così A. MAZZACANE riassume gli indirizzi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma proprio questo percorso rende significativo il fatto che ciò accada nel campo della storia medievale e moderna, più che in quello della storia contemporanea. Nella coscienza dello storico l'essenza stessa dell'età moderna è infatti nei grandi processi di « giuridificazione » e di « statualizzazione » dei rapporti sociali, è in questo senso « storia dell'amministrazione » [18]; e come tale è il terreno elettivo sul quale si vedono dialogare processi culturali, forme dello scambio sociale, istituzionalizzazione di rapporti civili e politici, emergenza della sfera pubblica, formalizzazione di rapporti giuridici e in senso lato costituzionali. Ora, l'età contemporanea si presenta come lo sbocco, il completamento e per certi versi l'involuzione di questi processi. Il processo di « giuridificazione » si estende infatti ad un numero sempre maggiore di realtà e di rapporti sociali, che vengono assoggettati norme e regolamentazioni scritte e precisamente imputabili. Ma ciò si accompagna alla cosidetta « crisi dello stato » e all'emergenza di una nuova pluralità giuridica, che di fatto è in conflitto con i percorsi culturali della formalizzazione dottrinaria che avviene nel medesimo tempo. In questo senso, benché il diritto sia la scienza sociale per eccellenza, che tutte le precede e le sovrasta, esso si affianca, come una tra le altre, alle nuove discipline del sociale che nel loro stesso costituirsi, tra Otto e Novecento, riflettono una tendenza tipica dell'epoca, quella appunto che sembra assegnare a ciascun fenomeno sociale i propri tracciati, dotati di ritmi, durate e connotazioni specifici, quasi « autoregolati », o che tali appaiono in dipendenza dei processi di formalizzazione che hanno costituito le discipline relative: accanto al

---

prevalsi a partire dagli anni Settanta. Cfr. *Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea* in *Scienza e Politica. Per una storia delle dottrine*, 6, 1992, p. 7. Dallo stesso testo, rispettivamente alle pp. 7 e 17, sono le frasi poco sopra citate. Rinvio alla rassegna di Mazzacane, che è la più recente che mi è dato di leggere, anche per i riferimenti al dibattito e ai bilanci precedenti, in particolare a quelli firmati negli anni scorsi da Bruno Paradisi, da Luigi Berlinguer e da Adriano Cavanna. Ma per le questioni riguardanti l'incontro tra diritto e storia sociale si vedano gli atti del convegno su *Storia sociale e dimensione giuridica*, che ho già citato retro, nota 1, in relazione all'unico intervento specificamente dedicatovi alla storia contemporaea.

[18] « La storia moderna è soprattutto storia dell'amministrazione; la seconda metà del millennio, ormai concluso, è progressivo sviluppo di amministrazione; sia privata, sia, in misura crescente, pubblica ». Così Ettore Rotelli, *Introduzione generale*, in ISAP, Archivio, n.s., n. 6, *Le riforme crispine*, Milano 1990, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto e all'economia, la sociologia e l'antropologia. Si può anzi lamentare che di fronte alle discipline emergenti, il diritto finisca coll'essere l'interlocutore più ostico, che viene trascurato dalla storia sociale e che « mette gli storici in seria difficoltà » proprio per la complessa specificità dei suoi statuti, per la difficoltà di coglierne funzioni ed effetti sociali, in altre parole « non solo per quello che è, come scienza o come strumento, ma anche per ciò che produce, per le funzioni che svolge » (19). Anche senza affrontare la questione di una « storia sociale del diritto » in età contemporanea, e restando sul terreno delle dottrine giuridiche e del pensiero politico, una spiegazione di questo disagio può anche essere cercata, più che nella complessità delle regole disciplinari, nella difficoltà per lo storico di coniugare la persistente funzione generale svolta dal diritto nel fissare il quadro « costituzionale » del processo storico (il presunto « imperialismo » della disciplina) con il carattere specialistico e in qualche modo settoriale che esso svolge. È degno di nota il fatto che rispetto ad epoche passate e a passati formalismi, il diritto contemporaneo non attinga alle medesime matrici filosofiche a cui attingeva il discorso politico, « sociologico » o economico coevo — fossero esse da cercarsi nell'aristotelismo, nel contrattualismo, o nel giusnaturalismo — ma ne costituisca di proprie, in gran parte autonome ed estranee agli altri « discorsi » che regolano il sociale e che perciò risultano anche più lontane dalla cultura comune e sorde alle sollecitazioni al dialogo tra statuti disciplinari.

Vi sono vicende e persino singole biografie che nella nostra storia sembrano quasi impersonificare questo tipo di problemi. Penso al caso di Vittorio Emanuele Orlando, figura di protagonista per qualsiasi studente di storia del diritto pubblico italiano contemporaneo, e del tutto opaca per uno studente di storia contemporanea, che faticosamente è chiamato a distinguere tra i vari esponenti liberali il deputato di Palermo, il ministro giolittiano, il presidente della vittoria e l'uomo di Versailles. Chi volesse passare in rassegna

(19) Così Mario SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica*..., cit., pp. 128 e 129. Introducendo il medesimo convegno di studi, in *Storia sociale e dimensione giuridica*, Paolo Grossi lamentava l'assenza del diritto tra le scienze sociali predilette dalla storia sociale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo spazio che i libri di storia riserbano a Orlando potrebbe avere delle sorprese: a parte il fatto che nemmeno Gioacchino Volpe lo cita ne *L'Italia in cammino*, se ad esempio scorriamo i volumi della *Storia d'Italia* di Einaudi dedicati al periodo *Dall'Unità ad oggi*, e firmati da Valerio Castronovo, Alberto Asor Rosa e Ernesto Ragionieri, quelli della *Storia dell'Italia moderna* di Giorgio Candeloro, o la serie della *Storia d'Italia dall'Unità alla Repubblica* pubblicata dal Mulino, con volumi di Raffaele Romanelli, Emilio Gentile e Danilo Veneruso, ci accorgiamo che Orlando vi è citato di sfuggita, come ministro o come presidente del Consiglio, come « giolittiano » o « esponente liberale », ma nessuno ne accenna un profilo politico o culturale, nemmeno Alberto Asor Rosa nelle sue quasi 850 pagine einaudiane dedicate proprio alla cultura (20). Alberto Aquarone, nel più denso volume su *L'Italia giolittiana*, quello tra tutti che dedica maggiore attenzione agli aspetti istituzionali dell'epoca, parla delle leggi sull'ordinamento giudiziario e della riforma della scuola legate al nome di Orlando (21), ma come spesso accade anche ai libri di storia generale che si spingono più avanti nel XX secolo, non dà l'idea d'un nesso tra la sua opera politica e l'apporto che Orlando e l'intera « scuola giuridica italiana » danno alla formulazione del sistema costituzionale e politico liberale prima, fascista poi e infine repubblicano, che è uno dei terreni sui quali si misurano continuità e rotture tra le varie fasi della nostra storia recente (22). Allo stesso modo si cercherebbero invano, sia nei libri di storia che in quelli di storia del pensiero giuridico, i nessi tra l'operato politico, le concezioni dottrinarie e la collocazione sociale del notabile Orlando, che fino dal secolo scorso nel collegio elettorale di Partinico stabilisce il tessuto di relazioni politiche a cui la scienza politica italiana del tempo — e massimamente il suo compagno di università Gaetano Mosca — si incarica di dare statuto dottrinario. Se entriamo in

(20) In *Storia d'Italia*, IV, *Dall'Unità a oggi*, vol. 2, A. Asor Rosa, *La cultura*, l'indice dei nomi cita due volte Orlando: in una pagina vi compare in un elenco di « personalità », nell'altra non compare affatto. Quanto a chi scrive: nel mio *L'Italia liberale, 1860-1900*, Bologna 1979, non nomino Orlando; una fuggevole resipiscenza me lo fa citare una volta, come giurista, nella seconda edizione, Bologna 1990.

(21) A. Aquarone, *L'Italia giolittiana*, Bologna 1981.

(22) Ha però questa impostazione M. Fioravanti, *Vittorio Emanuele Orlando. Scholar and Statesman*, in *Italian Studies in Law*, vol. I, pp. 29-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo campo, dove una storia sociale di sapore « modernistico » cercherebbe gli scambi e i prestiti che legano nella stessa figura il funzionario e il dotto, il politico e l'amministratore, il notabile e l'accademico, dovremmo constatare che il discorso qui fatto per Orlando si applicherebbe a gran parte della classe dirigente liberale, quella in particolare che intreccia diritto e politica, da Mancini a Salandra: un altro personaggio quest'ultimo che assomma in modo esemplare le figure del possidente-notabile, dell'intellettuale giurista e del politico secondo una tradizione che del resto non cessa con l'Italia liberale e che alcuni « grandi notabili » — a partire proprio da Orlando — fanno rivivere nell'Italia repubblicana.

Con questi esempi voglio soltanto suggerire quanto siano radicate e motivate le difficoltà manifestate dalla storiografia di tenere in qualche modo conto delle diverse dimensioni del loro tempo, quella storico-culturale che nel campo del pensiero giuridico muove da Orlando fino a Mortati e alla costituente, quella della storia politica, con le sue nette cesure che oppongono stato liberale, fascismo, resistenza e repubblica, quella di una storia delle istituzioni che registra l'intervento crescente dello stato, la proliferazione di enti « parastatali » o comunque di incerta collocazione giuridica, le forme più varie di rappresentanza degli interessi che vanno trovando legittimazione etc., e ancora quella della storia economico-sociale, che vede proprio negli ultimi decenni il più profondo processo di trasformazione che il paese abbia conosciuto.

Non stupisce allora se appare tanto difficile indicare per l'età contemporanea delle ricerche che effettivamente siano in grado di far convergere su di un medesimo oggetto gli sguardi molteplici della storia sociale e del diritto, nelle quali la storia del diritto e delle istituzioni appaia « radicalmente risolta in una storia della società tutta intera ». Non a caso, quanti passano in rassegna gli studi recenti, e si compiacciono del rinnovarsi degli indirizzi di ricerca in tutte le varie epoche e periodizzazioni disciplinari, giunti all'età contemporanea si soffermano quasi esclusivamente in un settore particolare degli studi, quello che si rivolge al discorso sul sistema giuridico, cioè alla storia del pensiero. Qui gli studi segnalano con sempre maggior acribìa e pregnanza la molteplicità degli approcci, l'originalità con cui la dottrina italiana vive le derivazioni da quelle straniere, i contributi che essa apporta all'elaborazione delle cate-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gorie giuridiche moderne (23). Alla storia del pensiero giuridico contemporaneo si affianca poi tutt'altro tipo di studi, quelli che riguardando la storia costituzionale e quella amministrativa sono per loro natura assai prossimi alla storia politica e spesso ne inseguono ritmi e tendenze in modo tanto più marcato quando si tratta di studi pionieristici e ancora molto generali. Mi sembra che sia questo il caso delle « storie costituzionali » che solo di recente hanno preso il posto del vecchio volume di Gaetano Arangio Ruiz, quella di Carlo Ghisalberti prima, largamente storico-descrittiva, e quella invece di Umberto Allegretti, appassionatamente ideologica (24). Più sviluppata è forse soltanto la ricerca sulla storia dell'amministrazione, sulla burocrazia, la cultura burocratica e il funzionamento del sistema amministrativo (25), mentre mancano studi applicati sulle realtà civili

(23) Mi riferisco alla citata rassegna di studi di A. Mazzacane, e in genere ai contributi dati da una « scuola toscana » con le opere di Giulio Cianferotti, di Maurizio Fioravanti o di Pietro Costa, e ai gruppi di lavoro che operano per iniziativa dello stesso Mazzacane (del quale ricordiamo il volume collettaneo su *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986) e di Pierangelo Schiera, che di recente con Mazzacane ha curato *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Bologna 1990.

(24) C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, Bari 1974; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale italiano*, Bologna 1989. Ho già commentato il carattere « ideologico » del volume di Allegretti in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 19 (1990), pp. 686-697. Di Ghisalberti vedi però anche i contributi di storia della codificazione: *Unità nazionale e codificazione giuridica in Italia. La codfificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari 1982, e *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari 1985. Interessante segnale di una nuova attenzione per la storia costituzionale è N. Antonietti, *Gli invalidi della costituzione. Il Senato del Regno 1848-1924*, Bari 1992.

(25) Mi riferisco qui ad almeno due « filoni » di studi: quelli che mantegono come punto di riferimento l'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP) di Milano, che ha dedicato a temi contemporaneistici il suo « Archivio » più recente, n. 6, già citato retro, n. 18 (e sul quale vedi il mio commento in *Ricerche di storia politica*, n. 6 (1991), pp. 149-158), e quelli che in senso lato riferirei alla « scuola » di Sabino Cassese, e tra i quali i contributi più rilevanti e numerosi recano la firma dello stesso Cassese (è ad esempio da lui curato il volume collettaneo su *L'amministrazione centrale*, Torino 1984) e di Guido Melis, del quale ricorderei almeno *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale. Alle origini dell'organizzazione sindacale del pubblico impiego (1900-1922)*, Bologna 1980; *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati,* Roma 1988. Da parte degli storici è invece rilevante

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e penali dell'età contemporanea, che per loro natura sono le più prossime ai temi della storia sociale (26).

* * * *

Rimane insomma l'impressione che per il momento la proposta « antiformalistica » che ispira i contatti tra storia moderna e dimensione giuridica non possa essere di grande aiuto per chi studia i problemi dell'età contemporanea, e quindi offra anche scarse indicazioni in tema di ordinamenti didattici.

Come si è detto, ciò forse è da collegarsi ai fenomeni peculiari di questa età, nella quale si sovrappongono alte formalizzazioni del diritto e « crisi dello stato », estensione della « giuridificazione » e moltiplicazione degli ordinamenti. Può darsi però che l'attuale disagio dello storico contemporaneista italiano vada anche collegato ad alcuni tratti propri dell'epoca attuale, a quel « contesto » di cui lo storico « completo » dovrebbe saper sempre tener conto e sul quale invece io saprò soltanto offrire, avviandomi a concludere, pochi spunti di riflessione.

Esiste infatti a mio giudizio un modo tutt'affatto particolare in cui nell'età repubblicana sono andati disarticolandosi i nessi tra cultura giuridica, norme positive, comportamenti sociali e vicende politiche. La nostra storia recente mi offrirebbe moltissimi esempi per spiegare cosa intendo dire. Potrei ripercorrere problemi e momenti di storia istituzionale che per lo storico contemporaneo costituiscono del resto altrettanti oggetti di studio e che ormai vengono imposti alla riflessione accademica dall'incontro con studenti nati intorno al 1970, che sempre più spesso chiedono di discutere argomenti relativi alla storia della Repubblica. Si pensi ai temi oggi investiti dal dibattito sulle cosiddette riforme istituzionali,

---

di M. SALVATI, *Il regime e gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Bari 1992.

(26) Da segnalare tuttavia P. GUARNIERI, *L'ammazzabambini. Legge e scienza in un processo toscano di fine Ottocento*, Torino 1988, e P. PEZZINO, *La congiura dei pugnalatori. Un caso politico-giudiziario alle origini della mafia*, Venezia 1992, che attraverso lo studio di singoli processi aprono squarci assai suggestivi sul rapporto tra cultura penale e società nel primo caso, e tra ordinamento giudiziario, procedure, meccanismi sociali e storia politica nel secondo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e che riguardano i rapporti tra poteri nella costituzione repubblicana, i modi di formazione dei governi, i poteri del Parlamento, l'indipendenza della magistratura; la storia dell'assetto regionale e delle autonomie locali, o dei modi di inserimento nel quadro istituzionale della comunità europea; e ancora la vitalità del sistema rappresentativo, che in questo momento per una singolare congiuntura storica sembra dipendere interamente dalla possibilità di introdurre nel sistema proporzionale più o meno robuste correzioni maggioritarie. E ancora, per lasciare il campo del diritto costituzionale, si pensi alla vicenda del garantismo penale, alle misure di sicurezza e alla legislazione « antimafia », alle norme sulla carcerazione preventiva e sul fenomeno cosiddetto del « pentitismo »; si pensi, ancora, alla vicenda contrastata della legislazione sul divorzio o sull'aborto, alle modifiche introdotte nella legislazione sanitaria, in quella fiscale o nella materia pensionistica e di qui « scendendo » fino alle minori norme che regolano tanta parte della vita quotidiana dei cittadini, come quelle che riguardano la circolazione stradale. Ebbene, a me sembra che qualcosa leghi insieme la storia di norme e di istituti così distanti e diversi, ed è il loro uso prevalentemente retorico, tale cioè da prescidere dal loro contenuto o dalla loro ratio intrinseca. Come appare con maggiore evidenza nel caso delle norme costituzionali o politiche il dibattito politico, e quindi la pubblicistica e di lì poi le prime sistemazioni storiografiche, tendono ad assegnare ai vari istituti un ruolo prevalentemente simbolico, spesso irrelato al significato alle norme in quanto tali. Alcuni ragionano come se gli istituti avessero un significato intrinseco, producessero una serie di effetti per virtù propria, indipendentemente dal contesto storico in cui sono calati; altri, per converso, tengono come riferimento il solo contesto politico e, tutto riconducendo alla politica, ignorano la portata intrinseca del mutamento giuridico, la possibile logica interna dell'istituzione e della norma. (Da questo punto di vista, il paragone tra l'attuale discussione sugli effetti del sistema uninominale e dello scrutinio di lista e quella del tutto simile che si è svolta in Italia poco più d'un secolo fa, quando il sistema maggioritario fu per breve tempo abolito, oppure il modo come a tutt'oggi è ricordata la vicenda della cosiddetta « legge truffa » non lasciano dubbi sulla perdita di cultura giuridica subita nel frattempo dall'opinione pubblica).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di atteggiamenti che hanno ormai non piccola tradizione nel sistema politico italiano e che a mio giudizio non possono essere compresi se non si ricorda che la costituzione repubblicana è stata plasmata fin dall'origine da ideologie, massimamente quelle di ispirazione cattolica e marxista, sostenitrici della centralità del sociale e delle collettività rispetto ai valori dell'individualismo e dello stato, e che hanno mantenuto un'idea di democrazia e di libertà intese come partecipazione e come promessa di rinnovamento più che come dialettica dei diritti e delle norme. Risale infatti almeno al dibattito svoltosi alla costituente e agli equilibri politici che vi si realizzarono un linguaggio nel quale logiche di schieramento prendono le vesti della proposizione giuridica, e per contro norme giuridiche fondamentali (come fin dall'origine le norme garantiste della costituzione, quelle che regolano le autonomie locali, la collocazione dei partiti o dei sindacati, etc.) sono state sostenute o osteggiate dalle maggiori forze politiche in funzione non del loro intrinseco contenuto o delle loro possibili conseguenze sul terreno applicativo, bensì degli spazi che una forza politica o l'altra presumeva di poter occupare. Forse sponsandosi ad alcuni caratteri antropologici d'un popolo da secoli avvezzo a destreggiarsi in una selva mutante di norme, questi atteggiamenti (che però mi paiono fondati, come ho detto, nelle ideologie risultate egemoni nella congiuntura postbellica, e che naturalmente vanno a loro volta collegate alle esperienze del periodo che precede) permeando il modo di concepire e di redigere le leggi, nonché di applicarle o di disapplicarle a seconda delle circostanze, e di lì fino ai comportamenti quotidiani dei singoli e dei gruppi, pragmatici solo nell'uso retorico dei linguaggi e delle forme, hanno finito col fondare una cultura politica nella quale le norme sono pensate, formulate e applicate come spazi di contrattazione sociale, e delle quali dunque l'interna ragione, i contenuti formali e i sistemi di riferimento perdono carattere propriamente giuridico. Inutile dire che qui, in questi spazi, convivono benissimo i formalismi accademici più rigidi e separati e le ideologie antiformalistiche più convinte, senza che tra gli uni e le altre si segnalino conflitti né si stabiliscano reali rapporti.

Se, come io credo, questo clima culturale ha governato i mutamenti sociali più radicali che l'Italia abbia mai conosciuto (tra i quali va posta anche la costruzione di un sistema universitario di massa)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ecco che il paradosso di una storiografia contemporanea « senza elementi di diritto » dal quale sono partito mostra di avere radici e implicazioni profonde, e di non poter essere attribuito a motivi contingenti, interni al sistema accademico o disciplinare, né di poter essere risolto su quel piano. Perciò, così come penso che un impegno civile e sociale — particolarmente nell'Italia d'oggi — non possa prescindere da un riferimento forte alla cultura dei diritti, allo stesso modo penso anche che uno studente di storia debba avere una coscienza dei nessi che corrono tra una teoria generale del diritto, la storia del pensiero giuridico — nel doppio versante della cultura alta e della « mentalità » —, la storia dello « stato » e di quella delle istituzioni calate nella storia politica e sociale, considerando di ciascuna di queste dimensioni l'autonomia e la pretesa « totalizzante » di sapere costituito. In altre parole, particolarmente per l'età contemporanea la nostra predilezione per un diritto calato nel flusso delle vicende storiche non può non assumere come passaggio essenziale il processo stesso di formalizzazione, che in quanto tale va conosciuto dallo studioso. È un elemento al quale non sempre gli stessi storici del diritto danno il giusto rilievo. Forse per questo è sembrato a Claudio Pavone che a volte « uno storico, soprattutto uno storico della società contemporanea, abbia oggi più cose da imparare da un giurista « dogmatico » che da uno storico del diritto » (27).

Se questi nessi debbano essere conquistati introducendo nuove discipline nei corsi di laurea in storia, allargando i contatti tra facoltà oppure creando nuovi istituti specialistici davvero non saprei, e credo non sia questione interessante. Ho la tentazione di seguire Luigi Einaudi, che rispondendo all'inchiesta volpiana nel 1908 paventava l'istituzione di nuove cattedre di scienze giuridiche ed economiche nelle facoltà di lettere, non solo « perché è sempre un danno moltiplicare le spese inutilmente, creando nuove cattedre per insegnar discipline, le quali non mutano di natura né di finalità solo per mutare genere di studentesca », non solo perché (ma lui parlava in questo senso solo degli economisti dell'epoca), nessuno garantisce che i nuovi docenti siano all'altezza del compito specifico, ma anche perché — e il tempo l'ha confermato — una cultura storica vitale

(27) C. Pavone nell'intervento cit. alla n. 1, p. 173.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non può che nascere dalla costruzione di percorsi didattici e di ricerca del tutto personali e guidati da seri interrogativi, insomma dall'impegno di studiosi il cui « interessamento deve essere spontaneo, dettato dalla persuasione della utilità per lo storico degli studi economico-giuridici » (28).

(28) Cfr. *Nuovi doveri*, 31 ago-15 sett. 1908, pp. 4-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STORIA DEL DIRITTO:
Esperienze transalpine

Testimonianze di: Michael Stolleis
Maurice Quenet
Bartolomé Clavero
Carlos Petit

Presiede:
Pio Caroni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pagina BIANCA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIO CARONI

Assumendo la presidenza di quest'ultima e conclusiva seduta e rientrando così nell'alveo familiare al giurista dopo una lunga e stimolante scorribanda *extra muros*, mi preme anzitutto rilevare la varietà e la ricchezza dei punti di vista espressi o comunque percepiti strada facendo, non meno che l'importanza di essi (o di taluni di essi) anche per lo storico tradizionalmente attivo nelle facoltà giuridiche. Poichè se è vero che l'impegno di formare un giurista (e non uno storico o uno specialista della politica) impone una scelta delle materie, dei loro contenuti e dei loro collegamenti, che è specifica e che condiziona anche lo statuto della storia del diritto, è pure vero che lo sguardo su campi vicini e contigui ci ha tutti arricchiti di nuove sicurezze e di nuove perplessità. Ci ha così anche indotti a riflettere con maggior intensità sullo specifico della nostra missione, sulle strade che dobbiamo imboccare e su quelle che dobbiamo evitare per venirne dignitosamente a capo, anche su quel pezzo di strada che non solo possiamo, ma dobbiamo percorrere insieme con i colleghi attivi in altre facoltà, per così tentare di capire i loro problemi e le loro speranze e di rendere loro trasparenti (o almeno plausibili) i nostri.

Detto questo desidero introdurre quest'ultimo momento del nostro incontro, dedicato alla riflessione sulle esperienze transalpine, con qualche considerazione personale suggeritami non da ultimo dalle situazioni che affronto quotidianamente nel mio paese. Che se è — come tutti gli altri paesi, ma ciascuno a modo suo — complesso ed anche generosamente contraddittorio, strutturalmente propenso a non esasperare i conflitti (politici, etnici, sociali) ma a mediarli e quindi comporli nel segno di una unità spesso mitica o solo di facciata (perché in realtà nasconde intolleranza e indifferenza), è anche sensibile come pochi altri al fascino del locale, e quindi tuttora disposto a valorizzare particolarismi di tutti i generi , già ritenuti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

premessa insostituibile di ogni prassi repubblicana. Questo atteggiamento, che ritengo voluttuosamente campanilistico, talvolta esaspera gli animi ed indispone, quando non fa sorridere. Ma può anche avere degli effetti salutari, come tutte quelle malattie che in realtà ostacolano l'avvento di malattie più gravi, ed in questo senso molto specifico sono da ritenere utili. Infatti il quotidiano contatto con queste realtà composite e variegate stimola la curiosità dello storico, lo incoraggia a formulare diversamente i suoi interrogativi, lo predispone anche a prospettare e poi accettare risposte diverse, comunque sempre più puntuali e concrete. In una parola lo induce a ritenere che tutto può essere spiegato facendo ricorso alla storia, che la storia penetra ovunque e dà così anche ragione di tutte le diversità. Non c'è motivo di ritenere che questa propensione e le convinzioni che fa nascere siano estranee al tema della nostra riflessione odierna. Per cui va ammessa, secondo me, un'ovvia incidenza delle storie, delle tradizioni e delle culture locali anche rispetto al ruolo che deve eventualmente essere assegnato alla storia del diritto nell'ambito della formazione accademica dei giuristi. Per questo motivo dovremmo forse sforzarci maggiormente di intuire o « leggere » — dietro all'interrogativo così freddo ed asettico proposto alla nostra attenzione — anche un frammento di storia sociale, l'eco di un'eco, almeno. Potrei persino dire che nell'urgenza di affrontare questo problema, nel modo di magnificare, marginalizzare o persino espungere la storia del diritto dai nostri programmi di studio, si riflette la vita di una società, dei valori in cui crede, delle speranze che nutre, delle paure che la fanno tremare, delle delusioni che la fanno ammutolire. E quindi ritengo non solo giustificato, ma anche necessario e persino impellente integrare la panoramica finora offerta con questo sguardo fugace e conclusivo, ma non per questo superficiale, sulle esperienze vissute recentemente in taluni paesi transalpini. Perché non è da escludere che proprio questo sguardo ed il contatto che ci procura con il « diverso », con una possibile e documentabile « alterità », apra i nostri occhi su aspetti o verità finora adombrati e quindi assenti dalle nostre riflessioni, ci induca a tenerne conto, e ci dia anche il coraggio di parlarne in modo nuovo, più diretto, quasi direi disincantato. Chi vive a ridosso dei confini, questo almeno lo impara: che ogni confine, sia esso politico, religioso, culturale o linguistico, se anche procura disagi, offre in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compenso *chances* che, se scoperte e ragionevolmente valorizzate, affinano il nostro modo di osservare, registrare e spiegare le vicende umane. Forte di questa esperienza, e sfruttando così l'ottica « diversa » che mi concede il mio osservatorio elvetico, che è notoriamente un crocevia istruttivo se non proprio edificante, tento di formulare ora qualche riflessione introduttiva (1).

Quella iniziale affronta un argomento già evocato più volte durante il nostro incontro, ma che merita di essere ripreso, perchè ci riguarda tutti da vicino e ci mette un pò tutti sotto accusa: quello del rapporto che può e deve ragionevolmente intercorrere fra ricerca ed insegnamento. Che un rapporto debba sussistere, questo ci sembra indiscutibile. Meno chiara ed indiscussa è però la sua connotazione specifica, che deve essere appurata — anche questo va pur ricordato — partendo dalle esigenze degli studenti e non dalle opzioni scientifiche dei docenti. Per cui è quasi troppo prudente — e magari equivoco — suggerire di « versare » o « travasare » i contenuti delle proprie ricerche nell'esperienza didattica. A me pare che in realtà molto spesso i docenti « impongono » agli studenti l'oggetto della propria ricerca, senza valutarne preliminarmente l'effettiva idoneità pedagogica, ossia senza stabilire se nell'ambito di un auspicabile approccio storico al diritto vigente quell'oggetto specifico, e la problematica generale sulla quale si innesta, possano essere ritenuti propedeuticamente validi. Per questo motivo penso che dovremmo avere tutti il coraggio di affrontare con maggior determinazione questo problema e di denunciare con maggior franchezza tutte quelle situazioni che non corrispondono, o non corrispondono più, alle attuali indicazioni pedagogiche. Dobbiamo farlo avantutto a tutela delle giustificate attese dei nostri studenti, secondariamente per impedire che pratiche controindicate contribuiscano a screditare o squalificare ulteriormente il ruolo tuttora assunto dalla storia nell'insegnamento giuridico. Mi confortano, nel momento in cui ritengo urgente un approfondito esame di coscienza da parte nostra,

---

(1) Riassumo in questa breve introduzione qualche riflessione, che ho presentato con maggior dettaglio in un contributo, al quale per brevità rimando: Pio CARONI, *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in: G. ARZT - P. CARONI - W. KAELIN, *Juristenausbildung als Denkmalpflege?*, Berna 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le forti e coraggiose parole pronunciate ieri dal Prof. Archi, che non voglio e non posso dimenticare.

Se tento di individuare e capire le ragioni, che a lungo hanno favorito o tollerato abitudini poco raccomandabili e talora persino controproducenti, arrivo ad una conclusione, che vorrei formulare senza per questo già ritenerla una verità acquisita: noi tutti siamo tendenzialmente dei ricercatori, attratti e quasi ammaliati da quelle indescrivibili peripezie che si vivono ed affrontano, quando ci si perde nei meandri del passato. L'insegnamento, quando non lo viviamo come un peso necessario o come la fatidica palla di piombo ai piedi, lo vediamo automaticamente nell'ottica della ricerca. Raramente ne facciamo oggetto autonomo dei nostri pensieri : anche quando la vigile sensibilità di Paolo Grossi lo propone come tema esclusivo e quindi inevitabile alle nostre comuni riflessioni, siamo sempre tentati di sviare e di defilarci. Prima o poi, com'è puntualmente accaduto, l'obbiettivo impercettibilmente si sposta e torna a focalizzare l'attività di ricerca, così a riproporre i problemi di sempre. Proprio per questo io ritengo sia urgente cambiar rotta e mettersi a discutere con maggior impegno e professionalità gli aspetti più propriamente legati alla didattica. E finalmente occorre farlo senza nessuna ipoteca garantistica, che ci metta preliminarmente (e comodamente) al riparo da strategie troppo radicali o da eventuali esiti sfavorevoli.

Allora torniamo pure a porci le domande fondamentali, che sono sempre le stesse: cosa vogliamo insegnare, come e quando? E non dobbiamo temere — da storici che siamo — di dare una prima risposta, scontata ed ovvia: dobbiamo preparare ed allenare i nostri studenti a convivere coscientemente con il diritto *positivo*, a capirlo, interpretarlo, applicarlo, integrarlo; a intravvederne luci ed ombre, ad intuirne la potenza ma anche a toccarne con mano i limiti, i silenzi, le reticenze. Tutti i nostri sforzi devono confluire in questa esperienza letteralmente dominata o costituita dalla positività del diritto; tutti devono essere dei contributi che, pur muovendo da premesse o prospettive diverse, gettano fasci di luce sul presente e sulle sue regole giuridiche. Non credo che sia lecito interpretare diversamente l'orientamento didattico delle facoltà di giurisprudenza. Muovendo da esso si dovrà poi allestire un elenco di materie ritenute necessarie (ed in questo senso insopprimibili) in funzione di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'adeguata preparazione. Solo in questo momento avremo il diritto di chiederci: la storia del diritto, vi deve figurare? Non viene magari preclusa o espunta da una visione così ossessivamente dominata dalla logica del diritto vigente? Dato che qui si decidono i destini anche della nostra materia, è bene agire con circospezione e riflettere in modo magari meno preconcetto sulle concrete modalità che presiedono all'insegnamento del diritto positivo. Si scopre allora che la dimensione storica è letteralmente costitutiva dell'esperienza giuridica moderna, è intrinseca alla positività del diritto. Ignorarla o marginalizzarla è irresponsabile ed antipedagogico, poiché il messaggio trasmesso agli studenti senza di essa ne risulterebbe gravemente stravolto o visibilmente mutilo. Se deve continuare a figurare fra le materie di studio è per questo fatto: per la *sua inerenza all'esperienza giuridica*, poiché per essa si rivela letteralmente *sinnstiftend*, appunto costitutiva nel senso ricordato. Per questo motivo non potrà mai essere costretta nei panni riduttivi di una materia ausiliaria: perché non integra, non arricchisce, non nobilita, non abbellisce un messaggio, che in realtà la trascende, ma *è* l'anima di questo messaggio.

Se mi guardo attorno mi accorgo, non senza stupore, che gli storici del diritto preferiscono regolarmente battere altre strade. Non disdegnano le periodiche provocazioni messe in atto da molti cultori del diritto positivo, ed approntano occasionali strategie per allontanare ancora una volta lo spettro della soppressione della loro materia. Il cui destino è allora legato a questi sussulti generazionali, alla convinzione delle risposte che ogni generazione imbastisce nella speranza di salvare almeno per sè, con tale *bricolage* goffamente ispirato ai temi del tempo, capra e cavoli. Poco tempo fa mi sono imbattuto per puro caso in un articolo di uno storico del diritto austriaco, che lodava non senza ragione i meriti anche « diplomatici » di un collega più anziano, che si era battuto strenuamente e con successo per garantire la continuità dell'insegnamento delle materie storiche, e concludeva il suo ragionamento esclamando: « Anche grazie a lui ce l'abbiamo fatta ancora una volta! » (2). Cito questa

(2) J. W. PTCHLER, *Die Stellung und Bedeutung der Rechtsgeschichte in ausländischen Juristenausbildungsordnun*gen, in: H. C. FAUSSNER - G. KOCHER - H. VALENTINITSCH, *Die österreichische Rechtsgeschichte*, Graz 199l, p. 253.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendenza, dalla quale dissento, ritenendola controproducente, perché essa non è — come si potrebbe ingenuamente credere — in fase calante, sibbene crescente. Me lo conferma — per non ricordare qui che l'esempio concreto forse più attuale — un sempre più diffuso atteggiamento neo-pandettistico, deciso a riparare i danni provocati dalla cosiddetta storicizzazione del diritto romano ed a riproporre la validità di un non meglio precisato (e magari anche mitico) modello del diritto comune, nell'imminenza dell'unificazione giuridica europea. Durante il recente congresso degli storici del diritto tedeschi (Colonia, ottobre 1992), sono stato affascinato ed al contempo stravolto da una lunga e brillante relazione di Reinhard Zimmermann, che considero uno dei più intelligenti interpreti di questo nuovo indirizzo (3). In capo ad una puntigliosa analisi dell'evoluzione moderna di talune regole contrattuali riassunse i punti salienti di questo nuovo programma, incitando i colleghi ad impegnarsi per riscoprire e riportare alla luce l'originaria unità del diritto contrattuale europeo, che era di indubbia matrice romanistica, e per facilitare a tal modo l'elaborazione di un nuovo diritto privato europeo. Mentre ascoltavo, pensavo: si fa presto a dire che occorre riportare alla luce una memoria del passato, per riproporla al presente quale auspicabile modello. Perché in realtà non ci si arriva, se non accettando di rimuovere o ignorare tutto quanto la adombrava. Su questo punto il conferenziere era stato esplicito ed aveva sentenziato: occorre liberare questa preziosa esperienza storica dai detriti che, nel corso degli ultimi duecento anni l'hanno sommersa, favorendone l'oblio. A parte il fatto che, così facendo, si ricadrebbe nel deprecabile vezzo di manipolare grossolanamente la storia per piegarla alle esigenze preconcette dello storico; ed anche essendo disposti ad ammettere che tutto ciò ha una lunga tradizione ed ha accreditato per molto tempo le più spericolate o temerarie

(3) Le idee centrali di questo atteggiamento neopandettistico, che secondo le intenzioni degli iniziatori dovrebbe permettere alla romanistica di riagganciarsi al carro della moderna dogmatica giusprivatistica, vengono fedelmente riassunte in un contributo pubblicato da R. ZIMMERMANN nella *Juristen-Zeitung* 47 (l992), p. 8-20, il cui titolo è davvero sufficientemente esplicito: « Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit ». Nelle foltissime note di questo saggio i lettori troveranno numerosi rinvii alle opere più importanti di questo autore e di quanti come lui intendono contribuire ad « attualizzare » il messaggio unificante del diritto comune.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ipotesi di continuità, facendo filtrare dal passato solo quanto serviva a farlo apparire come anticipazione o prefigurazione dell'esperienza giuridica attuale, questa nuova proposta — che ha dell'incredibile — mi lascia allibito. Non riesco a percepirne la logica, ma intuisco che mi impone di valutare negativamente duecento anni di storia vera e documentabile, di una evoluzione diversa (perché ora territoriale e nazionale) del diritto privato. Mi offende l'idea di considerare tutto ciò, che ha comunque un'autonoma dignità, quale semplice incrostazione, un detrito qualunque, reo di aver scandalosamente oscurato la memoria della verità. E naturalmente, come poi risposi a Zimmermann, tutto ciò mi costringe a fare una scelta concreta: stando così le cose, ed essendo seriamente intenzionato a continuare ad occuparmi della storia di questi ultimi due secoli, mi rassegnerò a convivere con la spazzatura. Non sarà edificante, ne convengo, ma è comunque preferibile al proposto « smaltimento » (per restare in gergo). Ciò mi induce anche — come aggiungo ora con amara ironia — a ragionare più professionalmente sulla natura dei detriti e dei rifiuti. Mi capita così di condividere la singolare esperienza del personaggio principale di un bel romanzo di Ivan Klima. Rientrato dall'esilio statunitense in Cecoslovacchia, rinuncia all'insegnamento universitario per diventare netturbino e condensa il senso profondo di questo diverso approccio alla realtà nella riflessione, che « di tutti i rifiuti che ci vanno ricoprendo e ci minacciano con il mortifero alito della loro decomposizione, i più pericolosi sono le masse di idee ormai logore » (4).

Ho citato compiutamente questo episodio, che non è qui la sede di approfondire ulteriormente (5), poiché lo ritengo anche sintomatico di un fatto importante: quando tentiamo di legittimare la nostra materia facendo ricorso alla sua « utilità » e quando riferiamo questa utilità all'esperienza giuridica moderna e alle sue più o meno auspicabili riforme, giochiamo una carta che prima o poi sarà perdente, poiché destinata col tempo a sbiadirsi, ad essere accantonata da nuove regole, da nuovi giochi, da nuove necessità. Come ricordavo,

---

(4) I. KLIMA, *Amore e spazzatura*, Milano 1991, p. 155.

(5) Prime riflessioni critiche, drastiche nella forma, ma sostanzialmente appropriate nella sostanza, sono state formulate da D. SIMON nel *Rechtshistorisches Journal* 11 (l992), p. 577-579.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

urge allora imboccare un'altra strada, che ci liberi e da questi sussulti generazionali e dal non meno periodico scetticismo dei nostri colleghi del diritto positivo. Potrei anche dire: che all'evidenza del diritto positivo contrapponga un'altra (latente e diversa) evidenza, quella della storia.

Quale difficile (ma non eludibile) esercizio ci imponga questo diverso approccio, voglio ricordarlo qui, servendomi di un esempio concreto. Chi desiderasse appurare la valenza dogmatica e giuspolitica del diritto vigente e con ciò dar conto di un aspetto fondamentale della positività del diritto, deve necessariamente interrogare la storia dei secoli che ci stanno a ridosso, ripercorrere il fiume controcorrente, risalire alla fonte. Non però, come abbiamo fatto impunemente per tanto tempo, alla ricerca di prefigurazioni o conferme — una ricerca spesso vissuta quale profana pesca miracolosa — ma pronti anche a scoprire tutte quelle cose, quei momenti, quegli aspetti, che l'evoluzione storica *non* ci ha tramandati, e che quindi sono rimasti estranei all'ottica giuridica attuale, perché fu deciso di sacrificarli ad altri, e così di abbandonarli cammin facendo. Il che equivale a dire, nel linguaggio giuridico: se è dato per scontato che il diritto attuale è astratto, è ugualmente pacifico che non può essere capito senza una puntigliosa ricostruzione storica, ossia senza considerare debitamente tutti quegli aspetti dell'esperienza giuridica, che l'astrazione non ha dimenticato per strada (come spesso viene pateticamente ribadito), *ma ha scelto di squalificare ed espungere*. Recuperarli e valorizzarli non significa reintegrarli nel loro valore normativo — che il legislatore ha voluto deliberatamente sopprimere — ma tenerne conto per valutare il senso di quelle scelte, dalle quali rampolla il diritto vigente. E che noi possiamo capire nella loro reale portata solo contrapponendole alle alternative scartate ed alle soluzioni evitate, perché convenivano meno o non convenivano del tutto a chi voleva e soprattutto poteva decidere.

Se tento poi di riflettere, partendo dalle cose dette finora, sull'auspicabile modo di collegare l'istanza storica al messaggio giuridico, mi accorgo che in realtà il mio compito è più facile del previsto. Non mi impone di formulare nuove, originali e magari temerarie ipotesi, nemmeno mi chiede di schiudere nuove strade. Perché magari basta anche qui ripensare alle cose già dette , e che stancamente ripetiamo, senza forse prenderle troppo sul serio. Dob-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

biamo finalmente capirle, intuirne la profondità, captarne il messaggio (che è sempre polisemico) ed in questo modo ricollegarle alla vita reale, anche ai momenti di questa vita che ci riguardano da vicino e ci toccano direttamente. Così noi amiamo ripetere — senza badare troppo alle acque che ciò facendo agitiamo — che *occorre storicizzare il diritto*. Ma le diamo poi il peso che si merita, a questa affermazione? In caso affermativo dovremmo forse riformularla e dire: non dobbiamo auspicare per il futuro una storicizzazione del diritto, ma capire finalmente *oggi* che da sempre il diritto ci è visibile, e meglio ancora percepibile solo nella sua dimensione temporale e che in questo si manifesta la sua innata (e perciò ineliminabile) storicità. Ciò significa che la temporalità è inerente all'essere del diritto e che solo per il suo tramite il fenomeno giuridico ci diventa realmente accessibile. Come dovrebbero facilmente ammettere tutte le persone professionalmente deputate ad applicare il diritto ed *in primis* i giudici, se appena riflettessero sulla centralità ed ineluttabilità del loro quotidiano incontro con la struttura temporale del fenomeno giuridico. Proprio per questo motivo Gerhart Husserl li chiamò *Vergangenheitsmenschen* (6). Sono uomini del passato non perché in questo abbiano cercato o tuttora cerchino istintivo rifugio, ma perché quotidianamente interpretano ed applicano regole trasmesseci da un passato recente o remoto, perciò necessariamente portatrici di un messaggio indecifrabile, se non « letto » nella prospettiva temporale. Non per caso sono così chiamati a far rivivere tutti quei significati, che la fissazione della norma ha cancellato, o a interrogarsi sulla possibilità di concedere spazio a quei valori, che l'evoluzione storica successiva all'emanazione della norma ha fatto lentamente emergere. Anche qui per non citare che gli esempli più vistosi e familiari.

Posso così avviarmi a concludere, non senza prima aver espresso stupore e quasi incredulità per un fatto, che tuttora ritengo inspiegabile. Gli storici del diritto, ai quali quest'ultima convinzione, che per me è davvero incontrovertibile, poteva persino far comodo, poichè di colpo cancellava qualsiasi reticenza in merito all'utilità della propria materia, e perché ne faceva in realtà l'unica materia

(6) Gerhart HUSSERL, *Recht und Zeit, Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt am Main 1955, p. 58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottratta alle periodiche *rochades* imposte non solo dalle mode, ma anche dalle reali evoluzioni politiche, sociali ed economiche, proprio loro l'hanno curiosamente ignorata, preferendole — come abbiamo visto — strategie meno convincenti ed anche meno paganti. Forse non hanno intuito la radicalità di questa tesi, o non ne hanno troppo gradito l'aura giusfilosofica, che un pò la circonda. Fatto sta che anche le opere, che recentemente l'hanno illustrata in modo convincente — penso in particolare a « Recht und Zeit » di Gerhart Husserl, che ho appena citato (7) — circolano poco fra le loro mani o, quando le sfiorano, lasciano tracce quasi impercettibili. C'è da sperare che questo incontro di studio contribuisca anche a mettere fine a questo clamoroso silenzio.

Detto questo, passo ora la parola agli amici Stolleis, Quenet e Clavero: ci orienteranno sul posto ancora riservato nelle loro facoltà tedesche, francesi e spagnole alla storia del diritto. Da parte mia vorrei solo osservare che i loro interventi non sono stati preliminarmente coordinati. Non l'abbiamo ritenuto nè urgente, nè auspicabile, perché le esperienze anche autobiografiche che ne stanno alla base sono, per definizione, difficilmente allineabili.

(7) Vedi supra, nota 6. Sull'importanza di questo contributo insiste ora Britta BOEHLER, *Gerhart Husserl - Leben und Werk*, Freiburg i. Br. l992, in particolare p. 206 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHAEL STOLLEIS

L'ESPERIENZA TEDESCA

I. *Le condizioni legislative di partenza.*

Il mio contributo sullo stato della Storia del diritto in Germania sarà necessariamente frammentario. Com'è noto, infatti, attualmente ci troviamo di fronte a due panorami universitari, uno occidentale e l'altro orientale. V'è molta incertezza e molta improvvisazione. Al tempo stesso la posizione della storia del diritto nella parte occidentale della Germania è assai diversificata. La competenza legislativa in materia di istruzione superiore è infatti riservata agli 11, o rispettivamente 16 *Bundesländer*, che sono amministrati da coalizioni partitiche differenti. Vi sono *Länder* di tipo A, con governi regionali di orientamento liberal-borghese e *Länder* di tipo B, socialdemocratico-verdi. In casi più eccezionali si sono formate anche le cosiddette « coalizioni-semaforo » (rosso-giallo-verdi). Incontriamo, corrispondentemente, sfumature diverse nelle leggi relative alla formazione dei giuristi.

Nell'insieme, tuttavia, la regolamentazione è sostanzialmente unitaria, giacché tutte queste leggi regionali sono soggette ad una legge federale, la *deutsche Richtergesetz*. Essa stabilisce che la formazione universitaria dei giuristi duri tre anni e mezzo e si concluda con un esame di Stato (non v'è dunque competenza sostanziale dell'Università!), che segua poi un periodo di due anni e mezzo di formazione nella prassi, a sua volta concluso da un esame di Stato, come prevedono i §§ 5, 5a, 5b Deutsches Richtergesetz i.d.F. v. 25.7.1984 (BGBl I, 995).

In altri termini i *Curricula* della formazione sono determinati dallo Stato. Alla Storia del diritto viene riservato un posto più o meno ampio nell'ambito degli obbiettivi di formazione definiti dallo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato. Rimane affidato all'« Eros pedagogico » e al personale coinvolgimento dei professori, il compito di sfruttare questa *chance.*

II. *La formazione nella pratica.*

Quanto è ampio lo spazio che si può assegnare alla storia giuridica? Quanto è grande insomma la *chance*, cui accennavamo poc'anzi? Nelle leggi dei *Länder* che regolano la formazione dei giuristi, la Storia del diritto è definita come una materia cosiddetta « di base ». Programmaticamente, in Assia ad esempio, è stabilito che lo scopo della formazione giuridica sia quello di preparare « il giurista critico, che operi in modo razionale e illuminato, che sia consapevole del proprio dovere di tutela dello Stato di diritto libero, democratico e sociale, che infine sia in grado di individuare gli obbiettivi del progresso giuridico ». A tal fine gli sono necessarie anche conoscenze di base di storia del diritto e di storia costituzionale.

È richiesta quindi a ciascuno studente la frequenza di un *corso di base o esercitazione* (*Grundlagenveranstaltung*) di storia o filosofia del diritto. Il corso si conclude con una *Klausur*; superandola i partecipanti ottengono uno « *Schein* », un'*attestato*. Così ad esempio a Francoforte circa la metà degli iscritti a Giurisprudenza frequentano un corso di base in Storia del diritto, mentre l'altra metà segue la filosofia o la teoria del diritto. Questo tipo di esercitazioni, però, attualmente non raggiunge più alti livelli qualitativi, a causa della pressione del gran numero di studenti che affollano le università. Esse vengono seguite senza particolare coinvolgimento, salvo che il professore non riesca, grazie a particolari doti retoriche ed al suo entusiasmo, a renderle più efficaci.

Una volta ottenuto l'attestato, in generale crolla l'interesse per la storia del diritto. Il diritto positivo incalza e inghiotte tutto il resto. Solo pochi studenti (che in parte sono i migliori, ma in parte sono anche quelli che cercano di scansare l'ostico diritto vigente), continuano a seguire la storia del diritto, frequentano i *corsi di lezioni* e soprattutto partecipano ai *seminari*. Tali seminari costituiscono il nucleo centrale vero e proprio di una formazione storico-giuridica e si rivolgono di volta in volta a circa venti partecipanti. Nell'ambito dei seminari si apprende il lavoro storico-giuridico, si leggono le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fonti, si preparano relazioni scritte e per la prima volta si cerca di addentrarsi in una più complessa formulazione di quesiti storiografici. È per lo più dal lavoro condotto durante i seminari che scaturiscono poi le successive *dissertazioni* in storia del diritto, eventualmente elaborate, dopo l'università, per il conseguimento del titolo accademico di dottore.

Nel *primo Esame di Stato*, che conclude gli studi universitari, può nuovamente comparire la Storia del diritto in due possibili casi. Una prima forma è quella di *un elaborato scritto* in sei settimane (*Hausarbeit*) su un tema storico giuridico. Tale possibilità viene raramente utilizzata in quanto è ritenuta rischiosa, per la mancanza di canoni prefissati per la compilazione dell'elaborato. L'altra occasione è quella dell'*esame orale*, per il quale si può dichiarare di aver orientato la preparazione specialmente sulla storia giuridica ed essere quindi esaminati nella materia per circa quindici minuti. Quest'ultima ipotesi si verifica più di frequente, ma non abbastanza spesso da poter dire che essa caratterizzi in modo comunque rilevante l'*habitus* generale degli studi giuridici universitari.

Nel *secondo Esame di Stato* la storia del diritto è definitivamente scomparsa. Il diritto positivo e la pratica giudiziaria dominano il campo.

Risultato: in Germania la posizione della storia giuridica nel *curriculum* degli studi e nella preparazione degli studenti è debole, si deve dire anzi che è « vergognosamente debole ». La gran parte dei giuristi tedeschi entra a stento in contatto con la storia del diritto. Se si azzarda una verifica, occasionale e inattesa, delle conoscenze storiche di base di un candidato ci si affaccia su un bàratro! La risposta scherzosa alla domanda « chi era Adolf Hitler? » recita: « era il primo re tedesco incoronato nella *Paulskirche* ». Questa risposta non è troppo lontana da quella che si ci potrebbe attendere nella realtà.

III. *Cerchiamo ora di precisare e correggere queste conclusioni poco incoraggianti con qualche osservazione ulteriore:*

1. Nelle regioni meridionali della Germania (Baviera, Baden-Württenberg, Renania-Palatinato), è praticata, come forma di esame, unicamente la *Klausur* (prova scritta in aula). Lì viene quindi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a mancare, purtroppo, la possibilità di un elaborato storico-giuridico compilato a casa. In luogo di esso è prevista la corrispondente *Klausur*, che, non per caso nel gergo viene chiamata *Märchenklausur*, ovvero favoletta.

2. Assai variabile è anche il numero di storici del diritto in dotazione a ciascuna Facoltà. La classica Facoltà, che comprende circa venti cattedre, ne ha di regola due storico-giuridiche, una di storia romanistica e l'altra germanistica, entrambe accoppiate al diritto civile. Tale modello ottocentesco va attualmente trasformandosi: il collegamento della storia del diritto con il diritto civile si allenta un poco, ma non certo per il venir meno dell'obbligo di insegnare in ogni caso una materia di diritto positivo. Al contrario: le università sono schiacciate dal grande numero di studenti, il professore è tenuto a dare otto ore di lezione per settimana. La storia del diritto diventa un « flusso ». Le facoltà non sono interessate ad accaparrarsi colti studiosi, storici del diritto, bensì a dotarsi di volenterosi insegnanti che, con la pazienza dell'asino, tengano lezioni di diritto civile in ogni semestre. Che costoro poi, nel tempo libero, intraprendano ricerche storiche ... se a loro piace farlo ...

Vi sono tuttavia anche alcune Facoltà in condizioni evidentemente migliori. Soprattutto Monaco, con quattro cattedre storico-giuridiche, e Francoforte sul Meno, che ne ha attualmente cinque e, tra breve, addirittura sei. Francoforte, in particolare, ha anche la fortuna di vantare l'unico *Graduierten-Kolleg* in storia del diritto, una struttura indirizzata ai dottorandi e agli abilitandi della materia, sostenuta economicamente dalla *Fondazione Volkswagen* e, tra non molto, anche dalla *Deutsche Forschungsgemeinschaft*. Ancora a Francoforte, grazie a Helmut Coing, ha sede inoltre uno degli Istituti della *Max-Planck-Gesellschaft* specificamente dedicato alla storia del diritto europeo.

Nelle nuove facoltà giuridiche della Germania orientale (Greifswald, Rostock, Halle, Frankfurt an der Oder, Potsdam, l'Humboldt di Berlino, Jena, Lipsia e Dresda) vengono a galla in modo concentrato i principali fenomeni deficitari: precedenza al diritto positivo, precedenza di ciò che si pretende essere « utile » rispetto alle basi storiche, rinunzia completa ad una riforma, dominio di forze conservatrici nell'insediamento dei nuovi professori. Sembra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che non si sia riusciti ad attrarre dall'ovest storici del diritto di fama, per contribuire all'opera di ricostruzione in corso (eccettuato forse il caso di Lipsia). Storici del diritto della vecchia Repubblica democratica tedesca non esistevano affatto o erano in pratica inutilizzabili.

3. Diamo uno sguardo ora alla Svizzera e all'Austria. In Austria è stato conservato il tradizionale sistema di una *Introduzione* e di un *Esame preliminare* in Storia del diritto. Tutti gli studenti sono di conseguenza costretti, che gli piaccia o meno, a prepararsi in storia del diritto. Ciò ha comportato il vantaggio di assicurare alla materia un ancoraggio assai più saldo che in Germania. Ne consegue, da un lato, un maggior impegno richiesto agli storici del diritto nella didattica e negli esami: d'altra parte però gli storici del diritto austriaci (al pari che in Italia e in altri paesi) non devono insegnare diritto positivo. La storia del diritto certamente se ne giova, anche se forse non manca qualche svantaggio.

In Svizzera la situazione è analoga a quella tedesca, ma più favorevole. I docenti che insegnano storia del diritto a Basilea, Berna, Zurigo, Friburgo, Losanna etc. tengono anche corsi di diritto vigente. I canoni d'insegnamento sono più tradizionali, la conoscenza del latino (ancora adesso) migliore, il numero degli studenti non così elevato e pressante come in Germania.

IV. *Lo stato della ricerca.*

Se vogliamo tener conto dei circa cento storici del diritto attivi nelle diverse Università dell'area di lingua tedesca (Germania, Svizzera, Austria), e vogliamo domandarci che cosa « produce » questa materia, certo sono improponibili giudizi generalizzanti. Disponiamo di numerosi *Manuali* e *Quaderni di esercitazione* (*Grundrisse*), vengono pubblicate quattro *Riviste* storico-giuridiche (*ZRG, ZNR, Jus Commune, RJ*) e moltissime *monografie*. Non mancano le *Collane* specialistiche (*Europäische Rechtsgeschichte* e *Schriften zur Rechtsgeschichte*, entrambe per i tipi di Dunker & Humblot; *Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, da Mohr; una collana di tesi di dottorato, da Lang), né mancano le recensioni, i simposi, i congressi e così via. Sembra insomma che sia tutto in ordine.

Le cose, però, a guardarle più da vicino, brillano meno:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La ricerca storica nell'ambito dei diritti dell'antichità è più debole che mai. L'Austria sembra essere rimasta oggi l'ultimo baluardo. Non si intravede una nuova generazione che attenui la viva preoccupazione per il futuro.

La storiografia giuridica sulle *Leges Barbarorum* e sul medioevo è concentrata nelle mani di pochi studiosi. La medievistica in genere è da tempo affidata alla guida degli storici non giuristi.

In migliori condizioni si trova invece la ricerca relativa all'età moderna e al diciannovesimo secolo. In quest'ambito si collocano attualmente i principali punti di riferimento della disciplina ma, in particolare, non più nella storia dogmatica del diritto civile. Evidentemente i più giovani si sentono attratti con sempre maggior forza da settori più laterali, dalla storia costituzionale, dalla storia del diritto sociale e del lavoro, del diritto dell'economia, del diritto pubblico o del diritto penale. Frattanto si sono ampiamente sviluppati gli studi di storia del diritto e del *Unrecht*, dell'anti-diritto, nel Nazionalsocialismo. Gli inizi della repubblica federale si aprono ora come nuovo campo di indagine storica. A Francoforte prende avvio quest'anno la prima cattedra di « Storia giuridica dell'età contemporanea ». Programmi di ricerca che inaugurano gli studi nel passato giuridico della Repubblica democratica tedesca, della Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria vengono attualmente organizzati dal Parlamento tedesco, dal *Deutscher Juristentag* (associazione dei giuristi tedeschi) e dal Max-Planck-Institut per la storia del diritto europeo. Naturalmente è troppo presto per parlare di risultati.

V. Vorrei chiudere questo schizzo con qualche osservazione con la quale cercherò di illustrare che « senso » può aver la storia del diritto dal punto di vista di un partecipante tedesco.

Chi è coinvolto in una cosa non mette in dubbio volentieri la « sensatezza » del proprio interesse. Le riflessioni di questo tipo sono spie di insicurezza interiore. In tal senso oggi gli storici del diritto tedeschi non pongono in discussione se stessi di buon grado e preferiscono pensare che si dovrebbe fare quadrato contro le minacce provenienti dall'esterno.

Tuttavia si impone il quesito relativo al *Leitbild*, all'immagine-guida della storia del diritto, specialmente per gli storici della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza. Gli intellettuali del sedicesimo e del diciassettesimo secolo infiammati dal patriottismo per l'impero si rivolsero all'antichità (*Vorzeit*) germanica o all'alto Medioevo. La generazione romantica degli studiosi, da Johann Gottlieb Herder sino a Jakob Grimm, furono entusiasmati dalla tradizione popolare della lingua e dalla « Poesia nel diritto ». La Scuola storica si consacrò allo « spirito del popolo » come vero legislatore. I liberali del *Vormärz* rivolsero il loro sguardo alle antiche libertà, ai tribunali scabinali e alle corti di giurati (*Schöffengerichte*, *Schwurgerichte*). Nell'età della fondazione del *Reich* gli imperatori medievali divennero nuovamente attuali, ci si rivolse allora con vigore alle fonti giuridiche nordiche e (con uno sguardo a est) ai diritti delle antiche città tedesche.

Le idee dello Stato nazionale, della Libertà e dello Stato di diritto ispirarono gli storici del diritto e fornirono corrispondenti impulsi alla ricerca. Parallelamente però, nelle pubblicazioni storico-giuridiche, si lascia scorgere e seguire anche l'odiosa traccia dell'imperialismo guglielmino, dell'ottusità nazionalsocialista dell'antisemitismo. Non c'era, del resto, e non c'è da aspettarsi qualcosa di diverso: gli storici del diritto sono individui che pensano in chiave politica ed anche cittadini corruttibili, osservatori del proprio tempo. Le motivazioni che li spingono ad indagare alcune specifiche questioni sono necessariamente determinate dai tempi.

Evidentemente ciò è vero anche oggi. Ma quali sono gli obbiettivi degli storici del diritto di oggi?

Si sentono forse rappresentanti di una scienza storica della cultura, che fornisce materiali per una teoria generale della società, con cui si spiega il ruolo giocato dal diritto nello sviluppo dell'umanità?

Vogliono legittimare la riunificazione tedesca sulla base del patrimonio culturale della storia giuridica nazionale?

Oppure la storia del diritto ha il compito di portare indietro, alla grande epoca del *Jus commune*, le radici del futuro diritto europeo?

Deve contribuire a riavvicinare l'uno e l'altro l'universo giuridico continentale e quello anglo-americano, individuandone le convergenze?

Sono tutti problemi che attualmente, e del resto già da qualche anno, si trovano al centro di intensi dibattiti. Verosimilmente anche l'unificazione tedesca e la ricerca del nuovo ruolo del paese nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contesto europeo vi contribuiscono. Che gli odierni dibattiti conducano al rinnovamento della storia del diritto nelle Università, al rafforzamento delle cosiddette 'materie di base' ed all'intensificazione dei contatti intraeuropei, certo oso sperarlo. Non oso tuttavia sciogliere la prognosi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURICE QUENET

RAPPORT SUR L'ENSEIGNEMENT DE L'HISTOIRE DU DROIT DANS LES FACULTÉS DE DROIT FRANÇAISES

En principe le titre même de ce rapport contient une inexactitude ou plutôt un anachronisme puisque « l'histoire du droit » a cédé la place, il y a près de quarante ans à « l'histoire des institutions et des faits sociaux ». Dans le même temps, la forte diminution de l'enseignement du latin dans les programmes des lycées, la réduction des horaires d'histoire dans ces mêmes établissements, la baisse de la culture générale chez de nombreux bacheliers et, parallèlement, la multiplication des disciplines « utilitaires » ou des filières professionnelles dans l'enseignement supérieur semblent condamner à un déclin plus ou moins rapide, mais irréversible, les cours non directement adaptés aux exigences des programmes modernes. L'histoire, dans les Facultés de droit, paraît à beaucoup une discipline menacée et à quelques uns une survivance encombrante. Certains pensent d'ailleurs, pour s'en réjouir ou le déplorer, qu'avec la quasi-disparition de l'enseignement du droit romain, les programmes ont été radicalement modifiés, en particulier après les changements universitaires qui ont suivi 1968.

Une certaine opinion cultive en ce domaine le thème classique de la décadence et, reprenant le vers d'Horace, « *Damnosa quid non imminuit dies* », (« que n'altère pas le cours désastreux du temps? » Odes, Livre 3, 6) associe au déclin général de l'Université le déclin particulier de l'histoire du droit. Comme toutes les idées reçues, celle-ci mérite examen et ce colloque en offre précisément l'heureuse opportunité. Mais avant d'exposer la situation des enseignements d'histoire du droit, il faut préciser quelques traits bien particuliers du système universitaire français.

Celui-ci est toujours, quoi qu'on en dise, fortement centralisé; il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

est, par ailleurs, sous une apparence homogène, très largement héritier de l'histoire et moins égalitaire qu'il ne le prétend.

En dépit du mouvement de régionalisation qui se développe en France depuis une vingtaine d'années et, plus précisément, depuis les lois de décentralisation de 1982, les Universités demeurent très dépendantes du ministère de l'Education nationale et du pouvoir de l'Etat. Ce rôle de l'Etat se vérifie au moins de quatre manières.

Le financement des Universités d'abord et, en particulier, le traitement des enseignants relève totalement du budget de l'Etat; le recrutement de ces mêmes enseignants, professeurs et maîtres de conférences, est tout entier organisé selon des procédures uniformes qui attribuent la nomination au ministre et accordent à ces enseignants la qualité de fonctionnaire; les diplômes délivrés par les Universités françaises, quelle que soit leur taille ou leur importance, sont délivrés au nom de l'Etat, sous son contrôle et sont reconnus sur l'ensemble du territoire; les programmes, enfin, de ces diplômes sont fixés par des textes réglementaires qui déterminent, pour tout le pays, les volumes horaires et même parfois les listes des matières.

Malgré certains allègements récents ce système, assez pesant, est plus proche de l'héritage napoléonien que la plupart des institutions comparables. Mais, précisément, le système universitaire français est très largement dépendant de son héritage historique.

En France, aujourd'hui, et sans compter les universités des territoires et départements d'outre-mer (Antilles, Réunion, Pacifique) il y a quatre-vingt universités environ, en intégrant les nouvelles universités de la région parisienne. Ces quatre-vingt universités sont installées dans une quarantaine de villes universitaires, la plupart n'abritant qu'une seule université, mais Paris en comptant treize. Même si ces universités sont théoriquement égales en dignité et en responsabilité, il est bien établi que leur prestige et leur réputation sont assez variables.

Pour simplifier, il y a en France deux réseaux universitaires constitués à des époques différentes. Le premier réseau est celui de la Troisième République; il hérite en fait des créations de l'empereur Napoléon et, pour partie, des vieilles universités médiévales. Seize villes seulement se trouvent dans cette situation. A quelques exceptions près, elles se situent à proximité des frontières. Ce sont les universités de Lille, Strasbourg, Nancy, Dijon, Besançon, Lyon,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grenoble, Clermont-Ferrand, Aix, Montpellier, Toulouse, Bordeaux, Poitiers, Rennes, Caen et bien évidemment Paris. Ce sont les Universités les plus importantes, les mieux dotées et qui offrent les « cursus » les plus complets, en particulier les doctorats.

Le deuxième réseau, plus récent, a été constitué sous la Cinquième République, et, en particulier, dans les années soixante et soixante-dix de ce siècle. Il accueille souvent de très nombreux étudiants dans les premiers cycles et, dans ces universités, certaines facultés ne sont pas implantées et tous les diplômes ne sont pas délivrés, surtout le doctorat. Le gouvernement vient de compléter ce réseau avec les quatre universités de la région parisienne, les deux du Nord et celle de la Rochelle.

Il faut, enfin, se garder de négliger, pour être complet, la multiplication récente des annexes des Universités dans les villes moyennes. Pratiquement toutes les préfectures des départements ont mis sur pied ou vont établir un « centre universitaire » qui, en général, délivre sous la responsabilité de l'Université la plus proche le diplôme de premier cycle. Ainsi des villes moyennes et sans aucun passé universitaire deviennent le siège de ces « antennes universitaires ». C'est le cas, par exemple, de Valence, Auxerre, Nevers, Bourges, Angoulême, Beauvais, Troyes, Périgueux, Vannes, La Roche-sur-Yon et bien d'autres!

Bien entendu l'écart avec le premier réseau universitaire est encore plus grand, surtout lorsque ces petites villes veulent obtenir une « université » complète.

Toutes les universités ne comptent pas, en leur sein, une Faculté de droit, mais c'est le cas de plus de la moitié d'entre elles. Il doit y avoir aujourd'hui, toujours sans compter l'outre-mer, quarante deux Facultés de droit. Dans ces Facultés sont en poste cent vingt deux professeurs d'histoire du droit, cent trois maîtres de. conférences de la même spécialité, et une soixantaine de personnes non titulaires mais bénéficiant d'une allocation pour préparer une thèse ou d'une situation assimilèe à celle d'un assistant. La pyramide hiérarchique repose donc sur la pointe, mais cela est propre à presque toutes les disciplines juridiques.

Cependant, et cela confirme l'inégalité signalée plus haut, soixante quatorze professeurs, soit 61% du total, sont en poste dans les seize Facultés habilitées à délivrer le doctorat en histoire du droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De tels chiffres indiquent assez que les professeurs d'histoire du droit, qui comptent pour dix pour cent environ des professeurs de droit, ne constituent pas véritablement un groupe de pression, même si le recrutement par l'agrégation leur assure un prestige identique à tous leurs collègues des autres disciplines recrutés par le même mode de sélection.

Il est bien certain cependant que les dix professeurs d'histoire du droit de Paris II, les sept de Toulouse ou d'Aix, les cinq de Lille, Montpellier, Nancy ou Strasbourg, les quatre de Rennes, Lyon, Dijon, Bordeaux auront un poid supérieur à leur collègue solitaire de telle ou telle université. Cependant, ce poids relatif des hommes est toujours compensé par les effets de la réglementation centralisatrice.

Les volumes horaires des diplômes sont, en effet, fixés, uniformément, par l'Etat. Pour le diplôme d'études universitaires générales (D.E.U.G.), l'arrêté ministériel du 1er mars 1973 fixe à neuf cents le nombre d'heures d'enseignement pour deux ans, ce qui fait, à peu près quatre cent cinquante heures par an. Pour la licence, délivrée trois ans après le baccalauréat, l'arrêté ministériel du 7 juillet 1977 autorise quatre cent dix heures par an. Pour la maîtrise, le même texte, prévoit trois cent soixante quinze heures de cours. Mais ces textes vont encore plus loin, puisqu'ils prévoient également la répartition des cours et définissent les grandes lignes des programmes.

Ainsi pour le diplôme de premier cycle, le D.E.U.G., l'arrêté de 1973 prévoit huit matières fondamentales dont « Histoire du droit et des institutions » et douze matières à options dont « Histoire contemporaine politique et sociale » et « Histoire des idées politiques, économiques et sociales ». Pour la licence, l'arrêté de 1977 prévoit huit semestres de cours dont un consacré à « l'histoire du droit et des institutions ou l'histoire des idées politiques ». Dans un pays de droit écrit, la marge de manoeuvre paraît donc faible et, à s'en tenir aux textes, la situation des historiens du droit ne serait pas très favorable, même si leur existence est officiellement reconnue et qu'un diplôme ne peut pas être délivré sans contenir un minimum d'histoire des institutions.

Fort heureusement, nous savons bien qu'à côté des textes il y a la pratique et que l'habileté de ceux qui sont chargés d'interpréter le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droit est aussi grande que leur imagination. L'enquête que j'ai menée dans la majorité des Facultés de droit françaises révèle une situation bien différente de celles que la simple lecture des programmes laisserait supposer et, somme toute, plus favorable que ne le pensent souvent les historiens du droit eux-mêmes.

Cette enquête n'est pas totalement exhaustive, il manque les Facultés d'outre-mer et quelques Facultés que je ne suis pas parvenu à joindre, mais la trentaine de dossiers réunis suffit à donner une image exacte de la situation. De même le troisième cycle, le diplôme d'étude approfondie (D.E.A.), qui n'est pas délivré, pour l'histoire du droit, dans toutes les Facultés, mais seulement dans quatre Facultés parisiennes (Paris II, Paris X, Paris XI, Paris XII) et dans douze Facultés de province (Aix, Bordeaux, Dijon, Grenoble, Lille, Limoges, Lyon, Montpellier, Nancy, Rennes, Strasbourg, Toulouse) ne sera pas présenté ici. Ce sont donc les deux premiers cycles universitaires qui seront étudiés et appréciés successivement.

I. *Le premier cycle universitaire*

Dans le système universitaire français non selectif, et les Facultés de droit en font partie, avec les Facultés des lettres et des sciences, la première année d'études supérieures accueille un très grand nombre d'étudiants. Cette année, qui constitue la transition entre l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur, joue un rôle capital puisqu'elle se termine par un examen qui assure une sélection assez stricte en ne laissant passer que moins de la moitié des étudiants, ce qui est le cas général des Facultés de droit.

Les cours de première année jouent donc un rôle considérable, à la fois d'initiation à la discipline et de moyen de sélection universitaire. Il est donc très important, pour une discipline d'être inscrite au nombre des cours annuels de première année. En France l'année universitaire dure vingt-cinq semaines. En général le nombre d'heures de cours s'apprécie par rapport à ce chiffre. Un cours de trois heures par semaine durera soixante quinze heures, de deux heures par semaine, cinquante heures; un cours semestriel, c'est à dire trois heures pendant la moitié de l'année, fera trente-sept heures trente et, une heure par semaine toute l'année, conduira à un cours de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vingt-cinq heures. Telles sont les principales formules utilisées. Le cours le plus important dure donc soixante quinze heures.

Conformément à l'arrêté de 1973, toutes les facultés proposent aux étudiants de première année un cours « d'histoire des institutions et des faits sociaux ». Le plus souvent ce cours est annuel, c'est à dire de soixante quinze heures. Le plus souvent, également, il est obligatoire et les étudiants peuvent le choisir comme matière d'admission c'est à dire d'examen écrit. En ce cas ils suivent également des travaux dirigés qui durent une trentaine d'heures. Ce choix des travaux dirigés en histoire du droit (apprentissage de l'exposé, de la dissertation, du commentaire de texte) est associé à une autre matière qui est toujours le droit civil ou le droit constitutionnel.

Ainsi en première année, dans la quasi-totalité des Facultés, l'histoire des institutions apparaît comme l'une des trois matières fondamentales. Cette position n'a pas toujours été aussi fortement assurée et après 1968 elle a été contestée, pas forcément d'ailleurs par les étudiants. Précisément, à la même époque, les programmes universitaires ont été vivement critiqués en raison de leur aspect archaïque, « poussièreux » même. Les programmes d'histoire n'y ont évidemment pas échappé et, en principe, une importante rénovation a suivi. Cette rénovation reposait sur le postulat que les étudiants préféraient les périodes plus contemporaines aux périodes plus anciennes et que plus les cours traitaient du XIXème et du XXème siècle plus leur audience était assurée.

L'examen attentif de la situation universitaire révèle une réalité bien différente. Dans la majorité des Facultés, le cours annuel d'histoire des institutions porte sur la période allant « De la période franque à la Révolution française », c'est à dire du Vème siècle à la fin du XVIIIème siècle. Ce programme se retrouve aussi bien dans des facultés très anciennes (Montpellier, Toulouse, Paris, Bordeaux, Nancy, Poitiers, Caen) que dans des facultés plus récentes (Angers, Amiens, Le Mans, Limoges, Nantes, Nice).

Bien qu'il corresponde aux dispositions du programme de 1954, datant de près de quarante ans, ce cours annuel constitue, en quelque sorte, le droit commun de l'enseignement de l'histoire des institutions en 1992. Il ne semble pas que sa composition soit particulièrement critiquée par les étudiants, bien au contraire. Bien plus, quelques facultés, rares il est vrai (Paris X, Perpignan), traitent

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un programme encore plus ancien, associant l'histoire de Rome à celle du haut moyen-âge français.

Un petit nombre de Facultés pratique un programme « rénové » qui, en général, traite une période allant de l'ancien régime (XVIème ou XVIIIème siècle) à la fin du XIXème siècle, ou même au XXème siècle. Ce programme, où la Révolution française est au coeur du sujet, a été adopté par huit Facultés, (Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, Strasbourg, Tours, Rouen, Rennes et Brest).

Dans l'ensemble donc, quel que soit le programme, le cours d'histoire est associé à des travaux dirigés. Ceux-ci sont parfois obligatoires (Bordeaux, Paris XII) mais le plus souvent optionnels. Très rares sont les Facultés où les travaux dirigés n'existent pas (Clermont-Ferrand, Orléans, Tours, Paris X par exemple); encore plus rares sont les Facultés où le cours obligatoire d'histoire est réduit à un semestre (Orléans, Reims) ou même à vingt cinq heures (Besançon).

En conclusion la situation de l'enseignement de l'histoire des institutions en première année permet de dresser un premier bilan plutôt encourageant. L'histoire des institutions est perçue par les étudiants comme une matière fondamentale et l'une des étapes à franchir pour accéder en seconde année. Le programme est vaste, sérieux, souvent savant, il fait appel à des connaissances nouvelles et à des périodes peu étudiées dans l'enseignement du lycée, telles le moyen-âge où la première moitié du XIXème siècle.

En première année, nous venons de le voir, un cours obligatoire constitue le minimum réglementaire, mais les Facultés peuvent également offrir des options et c'est souvent le cas. Trois situations locales peuvent ici se présenter.

Dans 1e premier cas les étudiants ne peuvent choisir aucune option historique. ils suivent soixante-quinze heures d'histoire sur quatre cent cinquante heures de cours, ce qui fait à peu près 16%. Telle est la situation dans une dizaine de Facultés souvent très importantes (Aix, Montpellier, Strasbourg, Grenoble, Paris X, Caen, Nantes, Perpignan, Limoges, etc....) Nous reviendrons sur cette question qui mérite une analyse approfondie.

Dans le second cas, les étudiants peuvent choisir, en plus de leur cours obligatoire un enseignement historique facultatif. Ainsi, l'association d'un cours de soixante quinze heures et d'un cours de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trente-sept heures trente les conduit à bénéficier de 25% d'enseignements historiques sur le total de leurs cours magistraux de première année. C'est évidemment une situation favorable.

Les programmes de ces options sont très variables. Souvent il s'agit du complément chronologique du cours de base, c'est à dire la période suivant 1789 ou postérieure à 1870 (Bordeaux, Paris II, Le Mans, Rennes, Reims) ou encore la période de l'ancien régime antérieure au XVIIIème siècle (Dijon, Rouen) ou de l'antiquité antérieure aux invasions (Toulouse, Nice). Parfois il s'agit également de cours plus spécialisés, d'histoire du droit privé (Angers, Clermont-Ferrand, Le Mans, Poitiers, Paris XII, Paris XIII), ou d'histoire économique (Brest, Toulouse), ou d'histoire sociale (Lille). Le deuxième cours, en première année, constitue donc une pratique habituelle, bien acceptée.

Très rares, en revanche, sont les Facultés qui proposent en première année de nombreuses options historiques. Il s'agit, en général, d'une pratique locale liée à la demande de l'Université ainsi « l'éthnologie juridique » à Toulouse ou « l'introduction à l'étude des Etats européens » à Nice.

En conclusion la présence des options historiques en première année est le signe d'une situation favorable des enseignements historiques, mais son absence n'est pas forcément le signe d'une désaffection. Souvent, en effet, l'absence de nombreux cours en premier cycle s'accompagne d'une présence importante en licence ou en maîtrise ce qui n'est pas négligeable. Le risque n'est pas nul, en effet, et il est périodiquement rappelé, de voir les historiens du droit spécialisés, dans le premier cycle, c'est à dire dans les matières « de culture générale ». Ils ne pourraient évidemment s'y résigner qu'en perdant une partie de leur qualité universitaire. Tel n'est pas le cas, cependant, et les enseignements historiques paraissent, pour l'instant, stables. Ils sont également très présents en deuxième année de D.E.U.G.

La deuxième année du premier cycle compte, elle aussi, quatre cent cinquante heures de cours, dont nous l'avons vu, deux options historiques. D'entrée de jeu, il est possible d'affirmer que le contenu de l'arrêté de 1973 paraît bien négligé, en raison de la variété des situations et surtout de la diversité des programmes qui, presque toujours, « oublient » les matières prévues, en particulier l'histoire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des idées politiques qui ne figure pas souvent au programme de deuxième année. A vrai dire cette matière a été inscrite dans les années qui ont suivi 1973, mais, au fil des temps, l'ancienne logique universitaire a imposé ses règles. Cependant, en raison de la grande variété des situations, il n'est pas facile de dégager des traits communs.

Ecartons, d'abord, les situations exceptionnelles. Quelques très rares Facultés (Bordeaux, Tours) ne proposent aucun enseignement historique en deuxième année. D'autres, tout aussi minoritaires, plus nombreuses cependant, imposent un cours historique obligatoire qui peut être annuel (Paris X), semestriel (Nantes, Aix, Paris XIII) ou même assorti de travaux dirigés (Paris II, Paris XII). Ce sont donc deux situations extrêmes, contraires mais minoritaires.

Le droit commun des programmes consiste à proposer aux étudiants deux ou trois options historiques, au choix, en leur laissant une liberté partielle ou totale. Mais la plus grande variété des horaires complique encore l'analyse. Il y a des cours de vingt-cinq heures, de trente-deux heures, de trente-sept heures trente, de cinquante heures. Une option peut donc, dans certains cas, représenter un volume égal à deux options ailleurs. Si nous retenons la situation la plus favorable de trois options (Angers, Toulouse, Dijon, Reims, Rennes, Nice) les étudiants suivent entre cent douze heures trente et soixante quinze heures de cours historique, soit 25% ou 16% du total. Mais cette situation n'est pas, pour l'influence pédagogique de la matière, sensiblement différente de celle des Facultés qui offrent deux options (Amiens, Brest, Nantes, Limoges, Montpellier, Grenoble, Besançon, Lille, Caen, Paris II, Paris V, Paris XIII, Poitiers, Rouen).

Le contenu des cours, à travers la variété des situations locales, répond en général à une préoccupation d'harmonie avec les programmes précédents et avec ceux des matières de droit positif enseignées en deuxième année. C'est pourquoi on observe, en général la présence d'un cours d'histoire du droit public et d'un cours d'histoire du droit privé.

Le cours d'histoire du droit privé de deuxième année est presque toujours consacré à l'histoire des obligations, sauf de très rares exceptions où le programme traite l'histoire de la famille (Nancy). Ce cours correspond évidemment au programme de droit

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des obligations de deuxième année, mais il a aussi l'avantage, en prenant le droit romain comme point de départ, d'initier les étudiants à cette discipline qui, par ce moyen, est présente de manière indirecte dans les programmes.

Le cours d'histoire du droit public s'articule autour de deux choix qui peuvent d'ailleurs se cumuler. Soit, il s'agit d'un complément du programme traité, en première année, et alors la Faculté propose « les institutions publiques de l'antiquité » (Caen, Paris V, Paris II, Paris XII, Paris XIII, Lille, Le Mans, Reims), ou bien « les institutions publiques au XIXème siècle » sous ce titre ou sous l'appelation « histoire politique et sociale » qui recouvre un contenu voisin, mais souvent atteignant le XXème siècle (Amiens, Brest, Nantes, Aix, Grenoble, Limoges, Poitiers, Montpellier). Dans ces deux hypothèses, le programme « de base » de la première année est ainsi complété, en amont ou en aval.

Soit et c'est la seconde possibilité, le programme d'histoire du droit public de deuxième année accompagne le grand cours de droit administratif. Existe alors un cours « d'histoire de l'administration » ou « d'histoire du droit administratif », dont l'apparition est assez récente et qui, par définition, s'intéresse au XIXème siècle, en prenant la fin de l'Ancien régime comme point de départ (Angers, Toulouse, Clermont-Ferrand, Rennes, Nancy).

Telle est la carte généralement proposée, mais il y a de nombreuses variantes. « L'histoire des idées politiques » est encore présente dans quelques Facultés (Angers, Metz, Nantes, Toulouse). Des cours plus spécialisés d'histoire du droit privé, « histoire du droit pénal » (Rennes, Reims), « histoire des institutions judiciaires » (Paris II) peuvent exister, ainsi que des cours correspondant à des demandes locales exceptionnelles, « Civilisations extra-européennes » (Besançon), « Histoire du commerce et des échanges » (Reims), ou à la spécialité d'un professeur, « Ethnologie juridique: histoire de la sorcellerie » (Nice). Enfin une Faculté propose deux cours consacrés à la formation du droit privé avant et après le Code Civil (Rouen).

Dans l'ensemble donc la situation de l'histoire du droit en deuxième année de D.E.U.G. n'est pas défavorable. La discipline n'est plus matière fondamentale, mais elle est présente, importante et attractive. Pratiquement tous les étudiants français suivent au

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moins une option historique et ainsi ils conservent le goût de cette discipline et l'habitude de la pratiquer tout au long de leurs études. C'est pourquoi la présence des cours historiques en deuxième année est très importante pour une bonne intégration de la matière en troisième année, c'est à dire en licence qui est le premier diplôme du second cycle.

II. *Le second cycle universitarie*

Le second cycle universitaire dans les Facultés de droit est sanctionné par deux diplômes. La licence, trois ans après le baccalauréat, est délivrée après quatre cent dix heures d'enseignement; la maîtrise, quatre ans après le baccalauréat, sanctionne la validation de trois cent soixante quinze heures de cours. Ces deux diplômes sont des diplômes terminaux et un certain nombre d'emplois, en particulier les concours de la fonction publique, sont ouverts aux titulaires de la licence. La majorité des étudiants souhaite, cependant, achever le parcours complet, mais ce n'est pas le cas de tous. En effet si la lîcence est un diplôme encore assez général, la maîtrise est de plus en plus spécialisée et professionnalisée.

Cependant, en l'état actuel de la réglementation, la maîtrise demeure un diplôme académique, les cours y sont nombreux et la participation à des activités professionnelles exceptionnelle. Les étudiants la considèrent souvent comme une quatrième année, ce qu'elle est en réalité. Mais les autorités universitaires peuvent avoir tendance à réserver ces enseignements de fin de parcours à des matières techniques et contemporaines, plus directement liées à l'entrée dans la vie active. L'observation de la place de « l'histoire du droit » est donc un exercice particulièrement intéressant.

Commençons par la licence. Si l'on s'en tient au texte officiel, l'arrêté de 1977 réserve à « l'histoire du droit ou des idées politiques » une part assez mince: trente sept heures trente sur quatre cent dix heures, cela fait moins de 10% du volume des cours.

Dans la pratique la situation est bien différente. La plupart du temps les Facultés ont remplacé la conjonction « ou » qui marque une alternative par la conjonction « et » qui est le signe d'une addition. Il n'est donc pas offert aux étudiants de licence, un seul cours, mais au moins deux voire trois ou quatre. Si nous laissons de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

côté les très rares Facultés qui n'offrent qu'un semestre historique à leurs étudiants (Aix, Le Mans) la règle la plus souvent observée est de proposer deux semestres, (Angers, Amiens, Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, Limoges, Nantes, Orleans, Toulouse). Mais on trouve également des « maquettes pédagogiques » de licence avec trois cours historiques (Bordeaux, Caen, Lille, Paris V, Paris XII, Paris XIII, Strasbourg, Tours); ou même quatre cours d'histoire du droit (Brest, Montpellier, Nice, Paris II, Paris X, Perpignan, Poitiers, Rennes, Rouen).

Il est assez rare, cependant, que les étudiants puissent suivre la totalité des cours historiques, lorsqu'il y en a plus de deux. Une seule Faculté, semble-t-il, (Reims) offre aux étudiants les mêmes options en licence et en maîtrise.

En général le choix est limité, en raison de l'orientation des étudiants vers le droit public et la science politique ou vers le droit privé et le droit des affaires. La conception libérale française et le soin vigilant avec lequel les étudiants protègent leur liberté de choix aboutissent cependant à permettre à certains étudiants de présenter des examens de licence où les cours historiques peuvent compter pour 30%, ce qui est très supérieur à ce que prévoyaient les textes.

Dans plusieurs Facultés d'ailleurs, (Aix, Paris II, Paris XII, Rennes), l'histoire redevient, en licence, matière d'admissibilité, c'est à dire matière d'écrit assortie de travaux dirigés. Le volume horaire est augmenté d'autant. Le plus souvent, dans ce cas, il s'agit d'un cours d'histoire des idées politiques. Ceci nous amène au contenu des cours de licence.

L'articulation déjà observée en deuxième année se retrouve ici. Il y a, le plus souvent, un choix entre Histoire du droit public et Histoire du droit privé. De plus la continuité est fortement marquée puisqu'on trouve en licence des cours qui, dans certains cas, ont été organisés en deuxième année. Le contenu de l'enseignement importe donc plus que le niveau auquel il est distribué.

Ainsi pour l'histoire du droit public, nous pouvons trouver en licence, lorsqu'ils ne figurent pas en D.E.U.G., « les institutions publiques de l'antiquité », (Bordeaux, Clermont-Ferrand, Dijon, Montpellier, Perpignan, Paris X, Rennes, Rouen); ou, sous un titre variable, « les institutions publiques du XIXème siècle », (Montpellier, Nancy, Orléans, Toulouse, Amiens, Paris XII, Rouen).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Surtout apparaît en licence, et nous le retrouverons en maîtrise, le cours « d'histoire des idées politiques », dont le programme le plus fréquent va de l'antiquité à 1789 et que les Facultés préfèrent organiser en second cycle (Aix, Angers, Caen, Grenoble, Metz, Perpignan, Poitiers, Rennes, Reims, Rouen). C'est d'ailleurs le plus souvent ce cours qui est assorti de travaux dirigés, sauf à Paris II où ceux-ci accompagnent « l'histoire des institutions administratives » ou « les obligations ». Mais, en dehors de ces cas de figure, il n'y a pas grande originalité et la Faculté de Lille en offrant, sous le nom « Monde contemporain », un cours sur l'antisémitisme et celle de Paris X en proposant un cours « d'histoire juridique et politique du moyen-âge », font figure d'exception.

Le même classicisme se retrouve dans la présentation des cours d'histoire du droit privé. Il se trouve, alternativement et souvent concurrement, les cours traditionnels d'histoire du droit privé; « l'histoire des obligations », lorsque celle-ci n'a pas été traitée en deuxième année (Brest, Caen, Grenoble, Le Mans, Paris II, Paris V, Poitiers); « l'histoire de la famille », (Amiens, Caen, Clermont-Ferrand, Nancy, Nice, Paris II, Reims, Toulouse) et, enfin, « l'histoire des biens » (Lille, Limoges, Nice, Paris V, Rennes, Rouen Strasbourg).

Dans ce cas également la continuité est la règle et un étudiant qui reviendrait après trente ans d'absence ne serait pas étonné. Les cours originaux correspondent, soit à une situation géographique, ainsi « l'histoire du droit privé allemand » (Strasbourg), soit à une spécialité scientifique, « l'histoire du droit des femmes » (Nantes), ou à une exigence nouvelle des orientations étudiantes, « l'histoire du droit commercial » (Paris II, Paris XII) ou « l'histoire du droit des affaires » (Brest, Orléans), « l'histoire des institutions commerciales » (Paris XIII).

En fait, un étudiant qui irait d'une Faculté à l'autre trouverait en licence un programme bien semblable et peu différent, hormis la méthode, de celui qu'aurait connu son père, s'il avait été lui-même étudiant en droit.

La maîtrise de droit, en revanche est un diplôme assez nouveau par sa conception, en raison du grand morcellement des spécialités. Les Facultés délivrent la maîtrise « de droit », « de droit public », « de droit privé », « de sciences politiques », mais aussi des maîtrises

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plus spécialisées « droit des affaires », « carrières judiciaires », « droit communautaire », « administration publique » etc... Il est donc pratiquement impossible de rencontrer un enseignement réunissant l'ensemble des étudiants.

Les maitrises sont fortement cloisonnées et les enseignements assez souvent spécialisés. Par conséquent, dans une même Faculté, il n'est pas rare de rencontrer une maîtrise acceptant une ou plusieurs options historiques, et une autre n'en tolérant aucune. Tout dépend de la conception du programme et parfois de l'opinion du professeur responsable de la maîtrise. Sur les trois cent soixante quinze heures de cours obligatoires en maîtrise, l'arrêté de 1977 ne prévoit aucun cours historique, sauf en maîtrise de science politique. Il ne le prévoit pas, mais il ne l'interdit pas non plus.

Très rares sont les Facultés ne laissant place à aucun cours historique en maîtrise, on en rencontre cependant, (Metz, Nice). Guère plus nombreuses sont les Facultés n'offrant en maîtrise qu'un seul cours (Bordeaux, Nancy, Paris XIII) ou encore deux (Angers). Le cas le plus fréquent est, en raison même de la parcellisation du travail, la présence de nombreuses options. Ainsi des Facultés offrent en maîtrise le choix de trois cours semestriels, (Amiens, Orléans, Nantes, Paris XII, Poitiers, Rennes); de quatre cours, (Brest, Caen, Rouen); de cinq, (Montpellier, Paris V, Paris X); de six (Aix); ou même, et c'est le record, de douze (Paris II).

Cependant, il faut encore le rappeler, il est très difficile à un étudiant, voire impossible, de suivre plus de deux options historiques. Le cas de l'Université de Paris II, ancienne Faculté de droit de Paris, est très exceptionnel puisque c'est la seule Université à offrir une « maîtrise d'histoire du droit » destinée aux étudiants se préparant à la recherche dans cette discipline.

Les programmes enseignés, en revanche, sont assez faciles à regrouper. En histoire du droit privé, les étudiants se voient proposer l'un des trois cours de base qui n'a pas été traité dans les années précèdentes. Le plus souvent c'est le cours « d'histoire de la famille », dont le programme en droit positif est traité pour partie en première année et pour partie en second cycle; ainsi procèdent les Facultés les plus nombreuses (Aix, Brest, Grenoble, Le Mans, Lille, Paris V, Paris X, Paris XII, Poitiers, Reims, Rennes, Rouen, Strasbourg, Tours). En revanche, l'orientation massive, c'est le terme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

approprié, des étudiants vers les carrières du secteur privé explique qu'en maîtrise soient proposés désormais des cours qui n'existaient pas il y a quelques années. Ce sont les cours « d'histoire du droit des affaires » ou « d'histoire du droit commercial ». Nous les avons déjà vu apparaître en licence et parfois ce sont les mêmes Facultés qui proposent un deuxième cours de cette spécialité (Brest, Dijon, Amiens, Paris V, Paris X, Poitiers, Rouen). Il s'agit bien d'une innovation qui dépasse la spécialisation de tel ou tel enseignant.

En histoire du droit public, la matière dominante de la maîtrise est, sans contestation possible, « l'histoire des idées politiques ». Un semestre au moins, parfois deux sont à la charge des professeurs d'histoire qui, en ce domaine, rencontrent la compétition des professeurs de droit public et de science politique. La présence de ce cours, sous la responsabilité des historiens du droit est donc un signe de vitalité; c'est pourquoi la liste des Facultés est longue (Angers, Amiens, Brest, Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, Le Mans, Lille, Montpellier, Nancy, Nantes, Orléans, Paris II, Paris V, Paris XII, Perpignan, Strasbourg, Toulouse).

On peut rencontrer d'ailleurs, comme en licence, des cours « d'histoire des idées politiques » assortis de travaux dirigés.

Dans cette spécialité, comme en droit privé, une certaine créativité s'est manifestée sous l'influence de la construction européenne et devant l'importance des relations internationales. Ainsi les professeurs d'histoire du droit sont sollicités pour enseigner des cours très nouveaux; « Histoire comparée de la vie politique » ou « Histoire des relations internationales » (Amiens, Paris V, Orléans, Montpellier, Rennes); ou encore, ce qui est très récent « Histoire de la construction européenne » ou « Histoire de l'Europe » (Reims, Rennes, Nantes, Tours).

Pour être tout à fait complet, on trouve encore en maîtrise des cours de « philosophie du droit », (Angers, Lille, Orléans, Strasbourg); d'« histoire du droit pénal », (Clermont-Ferrand, Limoges, Paris XII, Poitiers, Rouen); de « l'histoire économique » (Caen); des enseignements très spécialisés liés à un thème, « Histoire du syndicalisme en Europe » (Paris X) ou « Histoire de la laïcité » (Brest) et, enfin, des cours régionaux tels « l'histoire du droit privé normand » (Caen et Rouen) et « l'histoire des institutions de Toulouse » (Toulouse).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La maîtrise, mais c'est probablement lié à la conception même du diplôme apparaît donc plus innovante, moins classique que la licence ou même la deuxième année du D.E.U.G. Elle montre, en tout cas, que les historiens du droit ont su ne pas se replier sur une conception trop étroite de leur discipline et qu'ils peuvent aussi bien maintenir les cours techniques classiques, en dépit des modes, que proposer des enseignements liés aux programmes nouveaux. Cette constatation est assez réconfortante.

En conclusion, il est possible de rappeler certaines constatations simples.

D'abord les programmes d'histoire du droit, en dépit parfois des appellations, sont demeurés très classiques. La quasi totalité des étudiants français suivent un cours annuel d'histoire des institutions publiques, un cours d'histoire des institutions contemporaines ou un cours d'histoire de l'administration, un ou deux cours d'histoire des idées politiques. Presque tous étudient le moyen-âge, tous l'ancien régime français antérieur à 1789 et le XIXème siècle. En histoire du droit privé, le tryptique classique du droit positif et du droit romain, « Biens, Famille, Obligations », se retrouve dans les programmes historiques.

Ensuite les créations des vingt dernières années sont intéressantes mais assez minoritaires. Ce sont « la philosophie du droit », « l'histoire du droit pénal », « l'histoire du droit des affaires ». Tout le reste, les spécialisations régionales, les thèmes d'histoire sociale demeurent marginaux voire en déclin. L'histoire de l'Europe, fournit, incontestablement matière à innovation intéressante.

Enfin, l'histoire économique et ce n'est pas un hasard, car cette discipline, victime du triomphe trop impérial de l'Ecole des Annales est en crise partout, est la grande disparue de la période récente. Elle partage ce sort funeste avec 1e droit romain qui, lui au moins, demeure présent dans les enseignements d'histoire du droit privé. Pour être équitable il faudrait rappeler que le diplôme pluridisciplinaire d'Administration Economique et Sociale, le D.E.U.G., A.E.S., organisé en commun par les juristes et les économistes contient un ou plusieurs cours « d'histoire contemporaine » ou « d'histoire économique et sociale » et que ceux-ci sont toujours assurés par des historiens. Cependant, c'est une filière parallèle qui n'est pas au coeur même du métier de professeur de droit et personne ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

souhaite y enseigner en exclusivité. En fait les enseignements d'histoire du droit sont étroitement liés aux cours de droit positif. Ils en tirent leur légitimité et parfois la justification de leur existence.

L'ultime observation sera une constatation d'heureuse surprise. Les historiens du droit, comme tous les minoritaires, exagèrent peut-être leur isolement. Cette enquête aura permis de constater, au delà de certaines situations extrêmes, un immense ensemble plutôt cohérent, bien implanté dans les Facultés et assuré de solides enseignements à tous les niveaux de diplôme, y compris la dé1ivrance du doctorat présent dans seize Facultés et revendiqué par plusieurs autres.

C'est le fruit d'une patiente reconstruction, après les turbulences de la réforme universitaire. C'est pourquoi les historiens du droit observent avec attention tous les projets futurs de modification des études. Gardiens du passé, ils sont aussi des guetteurs de frontière.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

REFORMA DE LAS ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS EN ESPAÑA: LA HISTORIA EN EL DERECHO

> ¿Cómo nuestro Derecho ha llegado a ser lo que es? He aquí la pregunta a que responde la Historia del Derecho español. No puede decirse, sin embargo, que ésta sea una mera proyección histórica del Derecho vigente.
>
> GALO SANCHEZ

> Hay un plano más profundo y todavía menos utilitario desde el cual hay que justificar nuestra disciplina. Esta, en el fondo, constituye una reflexión sobre lo que el Derecho es.
>
> FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

SUMARIO: 1. *Exordio y brindis*. — I. *Enseñanza heredada*: 2. Derecho español; 3. Curso primero; 4. Licenciatura profesional; 5. Construcción corporativa: registro e índice manualísticos; 6. Vacuidad cultural; 7. Compañía pandectística; 8. Otras malas compañías. — II. *Enseñanza reformada*: 9. Cambio universitario; 10. Areas de conocimiento; 11. Profesorado; 12. Departamentos; 13. Título de derecho; 14. Materias troncales: embarazo y descarrío constitucionales; 15. Historia troncal e historia ramal; 16. Comprensión e impertinencia; 17. Acomodos perdidos; 18. Oportunidades pendientes; 19. Contingencia del doctorado; 20. *Reflexión y colofón*.

1. La historia del derecho es en España una materia universitaria y la universidad española se encuentra hoy en un proceso global de cambio. Este se inicia en 1983 con una ley llamada *de Reforma Universitaria* que ha podido ser dicha *para* la reforma; establece las instituciones y regula los procedimientos que han de conducir a ella con un margen adicional de incertidumbre por la autonomía reconocida a las propias universidades, veintisiete entonces y más de treinta enseguida. Sobre estas bases, constitucionalmente obligadas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para esta clave o al menos para un principio de autonomía universitaria, una reforma efectiva viene procediendo a un ritmo diferenciado según no sólo universidades, sino también capítulos.

A estas alturas, en noviembre de 1992, la reforma del capítulo docente, de todo el asunto de la ordenación de grados y títulos y de los planes de estudio, aún no ha llegado a culminarse. Nos hallamos en un punto en el que las titulaciones ya cuentan por lo común con unas directrices generales o esqueleto de materias troncales o necesarias y en el que buena parte de las universidades deben todavía poner o están poniendo la carne; han de articular en asignaturas las materias dichas y completar el plan particular con otras propias, ya también obligatorias, ya por fin optativas. Así que nos encontramos en el trance de un presente por extinguir y un futuro por definir.

Es un punto en el que ya pueden hacerse algunas previsiones, pero para proceder a esto, a la visión de futuro, pienso que conviene decir algo previamente sobre el presente. Quizá no vaya a extinguirse tanto; nunca debe descartarse que el porvenir comience en el pasado, que la historia siga estando en el derecho. Sólo además desde la situación dada podrá entenderse el mismo planteamiento de unas novedades, si es que ocurren finalmente. Así que recordaré aquellos elementos que me parecen más característicos de la docencia de la historia del derecho y de la misma presencia de una materia histórica dentro de la licenciatura jurídica hasta el momento actual en España antes de abordar los de la reforma en curso de unos estudios que afectan conjuntamente a la historia y al derecho, a esta especie de complejo. No trataré de excepciones. Tampoco me voy al pasado; si es que lo miro, sólo lo hago por situarnos. Trato siempre del presente, primero de un presente presuntamente cancelado y luego de un presente aparentemente abierto.

Quiero hacer expresa y particular mención del motivo y la responsabilidad de estas páginas. La segunda es toda mía. El primero se lo debo a Paolo Grossi, al *Centro di Studi* que dirige en Florencia *per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, a su iniciativa de unas jornadas sobre *L'insegnamento della storia del diritto*, a su éxito de celebrarlas los días más soleados del otoño más lluvioso. Estamos en 1992, año de celebraciones inmodestas. Ha sido la nuestra. Tiene mérito convocar e implica riesgo reunir a profesores y profesoras para tratar del propio oficio como tales, de una cosa que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para muchos de entre ellos y ellas, para muchos de entre nosotros, sigue siendo como el sexo, algo que debe contentarse con la experiencia personal pues de las miserias más vale no hablar en público. Mas no lo digo sólo por esto. No lo hago solamente por encarecer la ocasión y agradecer la oportunidad. Hay algo más, que también merece reconocimiento. El destinatario foráneo, aunque ya relativo, hace tomar distancias y no dar nada por sabido ni ninguna cosa por sentada. Me ayuda a observarnos. Vaya por nosotros.

I.

2. En España es la historia del derecho una materia eminentemente de derecho, de esta facultad universitaria, esta licenciatura académica y esta titulación profesional. Bajo denominación varia, aparece también por otras sedes, de facultades, licenciaturas y titulaciones de letras o de políticas, pero de una forma marginal que no ha dado lugar a tradiciones, usos, estilos o convenciones docentes; no es una presencia significativa. Debe añadirse que, en la licenciatura jurídica, la historia del derecho es una materia de primer curso. También hay algún caso de aparición en cursos superiores en alguna facultad de derecho, pero sobre esto puede decirse lo mismo, que no es significativo. Lo propio cabe decir de unos cursos de doctorado. Algunas posibilidades están hoy abiertas por la reforma a estos otros niveles, como ya diremos. Mas la tarea docente de los historiadores del derecho ha venido centrándose en España en la impartición de una materia de primer curso, la asignatura de introducción histórica al derecho. De esto trato, de lo regular y no de lo excepcional.

La designación más común y concreta de la asignatura es *Historia del Derecho Español*, introducción histórica al derecho español. Este es el nombre usual completo. El uso estudiantil la denomina de un modo más económico no sólo como *Historia* o como *Historia del Derecho*, sino también como *Derecho Español* e incluso como *Español* sin más, sin mención ni de historia ni derecho. Lo segundo lo da la facultad y lo primero no resulta tan primario. Puede bastar el calificativo último, lo de español, para la identificación.

Se imparte en cuatro o tres horas semanales, según facultades,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que son de hecho otros tantos cuarenta y cinco o cuarenta minutos, duración habitual de la clase; la cuarta semanal se entendía en principio práctica, de comentario participativo de textos, la cual en unos casos se ha perdido y en otros ha pasado a ser teórica, de explicación de temas más o menos ilustrada textualmente, sin mucha posibilidad tampoco de que el alumnado se sirva de los medios bibliotecarios. En las facultades de derecho, la enseñanza práctica por lo general se ha hecho definitivamente imposible con la matrícula masiva de los últimos años.

El curso transcurre de octubre a mayo; son tres trimestres, con vacaciones en navidad y semana santa, más algunas otras locales, e interrupción también en febrero por exámenes; otras convocatorias finales, pues es difícil computar las continuas parciales, hay en junio y en setiembre. Con todo, el tiempo efectivo de clases no suele sobrepasar en mucho los seis meses; las horas lectivas de nuestra asignatura vienen a oscilar bastante, entre las setenta y las ciento diez, sin que computemos tampoco la cantidad equivalente de cuartos de hora que se resta de hecho como mínimo a cada clase.

3. Si la medida es el tiempo, no es la historia del derecho, la *Historia del Derecho Español*, asignatura principal de primero ni siquiera en su terreno, pues el derecho romano, la *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, otra materia de denominación como se ve histórica, la supera cuando menos en una hora semanal. Junto con otras materias de horario inferior como *Derecho Político* y *Derecho Natural* (sic), todo el curso primero tiene un carácter propedéutico e iniciático con dicha presencia reforzada, al menos aparente, de la historia. Este diseño es como digo todavía significativo de un momento presente, del que habrá teóricamente de extinguirse. Hay variantes en algunas universidades, pero de excepciones vengo advirtiendo que no voy a ocuparme.

La licenciatura consta de cinco cursos anuales. No se piense que el nuestro, el primero, es de carácter meramente preparatorio en el sentido de previo y exterior a la misma, al resto de cuatro años. En teoría se encuentra perfectamente integrado dentro de un plan que ulteriormente discurre en cambio por cauces bastante positivistas. Es el curso que, con sus componentes históricos, filosóficos y políticos, se destina a prestar al conjunto de los estudios de derecho

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unas bases teóricas o doctrinales según se entienda, culturales o ideológicas según se mire. La concepción de fondo, la inspiración del plan, tiene a estas materias por literalmente fundamentales, por verdaderos cimientos de la propia licenciatura. No eran meras introducciones. Todo lo cual pudiera naturalmente alcanzar un serio efecto en la docencia, con la tensión imaginable entre la identificación histórica y la finalidad teórica de unas asignaturas, la historia del derecho y el derecho romano. De hecho, como veremos, lo primero, la entidad, se diluye en lo segundo, la función.

Las circunstancias han sufrido cambios, generándose la tensión. El curso primero ya estaba dejando de sintonizar con el resto de la licenciatura o, dicho mejor, ocurría la viceversa; podía venirse apreciando una tendencia de desentendimiento de los estudios de la licenciatura, del grueso de cuatro cursos, respecto al primero, y esto se debía a la crisis declarada y quiebra final de la misma concepción de fondo, porque estaba dejando de considerarse fundamental lo que pudiera exponerse en derecho romano, historia del derecho, derecho político y derecho natural, en estas asignaturas no positivas, ninguna de ellas. Con la seguridad positivista creciente de otras materias en sí mismas, surgia y se incrementaba la desconfianza ideológica, o doctrinal si se prefiere, hacia las nuestras, lo cual había de incidir de forma neurálgica en la propia docencia de nuestro curso, de todo él.

Los profesores y profesoras de primer curso podían sentirse liberados de una carga. Se encontraban realmente más sueltos, pudiendo afirmarse por su cuenta y riesgo; servían en historia del derecho erudiciones propias, en derecho natural filosofías ajenas, en derecho político sociologias y otras politologias adjetivamente suyas, en derecho romano una herencia prestada de doctrinas obsoletas; ya lo comprobaremos en lo que importa a la historia. La losa de un régimen no constitucional y el epitafio de una cultura veleidosa ha pesado aquí además sobre unos y sobre otros, sobre todos, acentuando a fin de cuentas la arbitrariedad. Entre unas cosas y otras, entre el rigor imposible del plan y el capricho posible de la docencia, el primer curso, todo él, ya podía parecer desahuciado, pese a los interesados (autores varios, presentación de Juan Velarde, *El Primer Año de Derecho*, 1978, con Francisco Tomás y Valiente y Jesús Lalinde como ponentes para la historia del derecho y Angel Latorre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y Armando Torrent para el derecho romano, y, con la reforma de por medio, autores siempre varios, edición de Juan J. Ferreiro, Juan Miquel, Santiago Mir y Pablo Salvador, *La enseñanza del derecho en España*, 1987, con Aquilino Iglesia para la una y el editor Miquel para el otro).

4. Completemos todavía el marco propio de nuestra docencia. Ya se habrá sobradamente detectado que estamos ante un plan de derecho bastante rígido, sin posibilidad por lo general de modulación autónoma por parte de las universidades y menos aún de conformación del propio currículo o selección de asignaturas por parte del alumnado. A esto se une la identificación entre facultad, licenciatura y título. El derecho es el objeto de una facultad universitaria, de una licenciatura académica y de una titulación profesional completamente identificadas entre si. La primera, la facultad, organiza las enseñanzas de las asignaturas del plan como parte de la intendencia general del centro, sin que tengamos unos departamentos o instituciones más propiamente científicas o especificamente docentes; la segunda, la licenciatura, consiste en la superación individual y completa de las asignaturas, sin que exista ningún tipo de prueba final, revalidación conjunta o habilitación anexa; lo tercero, el título profesional, se obtiene por la misma licenciatura, sin que haya en su caso tampoco ningún requerimiento ulterior de práctica ni especialización.

A lo que ahora nos interesa, todo esto redunda en la fuerza de la asignatura singular, o mejor dicho, del examen particular de cada una de ellas, con convocatorias multiplicadas, en detrimento así incluso de su curso efectivo, del desenvolvimiento de unas lecciones y del aprovechamiento de unos estudios. Por la suma de asignaturas se logra la habilitación, sin ninguna forma ni universitaria ni estatal ni profesional de dosificación de las partes e integración del conjunto más allá del propio plan. Todas las asignaturas tienen la misma importancia, ocupan la misma posición clave, para la licenciatura. Los datos diferenciales resultan a estos efectos secundarios, tanto el de la asignación de horas semanales como el de la posición de curso, incluido el primero. Aquí no juega la crisis. Por secuelas más o menos laterales que podrán interesar a la reforma en marcha, a la de la docencia, conviene ir reteniendo todo esto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. Respecto al contenido de la materia, el plan de estudios no lo define, pero tampoco es cosa que suela quedar a la determinación del profesor o la profesora, a su ciencia o a su capricho. Si no quieren complicarse la vida, no tienen por qué enfrentarse con el problema. Lo encuentran resuelto implícitamente por la posición de la asignatura en el plan, si no la problematizan, y explícitamente por una tradición corporativa, si tampoco la cuestionan. Conforme a lo primero, se trata como ya hemos dicho de una historia del derecho español, un introito por vía histórica al espacio nacional y al sujeto estatal correspondientes al ordenamiento actual, un libreto que aún no contiene la totalidad del guión, pero que ya dibuja el escenario y condiciona el reparto.

El programa de una *Historia del Derecho Español*, su índice docente, se ha concretado por el segundo cauce susodicho, a través de la tradición corporativa. Lo hizo durante la primera mitad de nuestro siglo incluso con independencia de la propia denominación, pues la asignatura no siempre ostentaba la calificación española. El programa se ciñó definitivamente a este terreno, asumió resueltamente sus sujetos, por determinación profesoral. Y la materialización ha podido producirse de esta forma gracias al régimen de acceso al profesorado. Antes de la reforma, se ingresaba a escalafones funcionariales de cada una de las materias mediante concursos generales u oposiciones nacionales con tribunales formados por miembros del propio cuerpo y especialidad, un régimen de cooptación centralizada en suma.

El concurso no sólo atendía unos méritos científicos y, aunque en menor medida por lo común, unas dotes docentes, sino que también miraba otras cosas, como un concepto de la materia explicado en una memoria y una idea de la asignatura articulada en un programa, unos proyectos de campo a cultivar y de cosecha a ofrecer. Esta parte proyectiva tendía a alcanzar un carácter traslaticio más allá desde luego de la diversidad de universidades, pero también incluso, en nuestro caso al menos de la historia del derecho, de las diferencias y fronteras entre agrupamientos académicos o escuelas científicas. De esta forma se han generado y transmitido, se han materializado y codificado, unos programas docentes, unos determinados contenidos.

La construcción corporativa de una historia del derecho español

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

responde a las expectativas de su posición en el plan. La literatura publicada por los profesores españoles no da siempre buena cuenta de este particular; no tiene desde luego por qué darla la obra de investigación, pero en nuestro caso tampoco siempre lo hace la manualística. Los manuales más creativos y acreditados son precisamente los menos significativos. Me refiero al *Manual de Historia del Derecho Español* de Alfonso García Gallo, en liza desde principios de los años sesenta, y a la más completa *Iniciación Histórica al Derecho Español* de Jesús Lalinde, una década posterior. Pueden ofrecer al observador exterior a la historia del derecho o al caso español una impresión sobre la docencia de esta materia que no se corresponde mínimamente con la realidad. Son libros literalmente para el profesor, para provecho suyo y desesperación del alumnado. Son excepcionales y de excepciones he repetido que no trato. Lo hizo cumplidamente, para estos manuales de García Gallo y de Lalinde, José Martínez Gijón en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (32, 1962, y 45, 1975, respectivamente).

El manual más representativo es a mi entender, lo sigue siendo, el *Curso de Historia del Derecho* de Galo Sánchez, que se gesta en los años veinte y viene reeditándose con pocos cambios hasta ahora. He aquí el testimonio de la docencia usual de historia del derecho en España, y también de la mejor para su tiempo y no de la peor para el nuestro si sólo miramos a la fiabilidad de lo que se expone. Del interés para el alumnado de lo expuesto luego diremos. Rafael Gibert lo celebraba en los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* (13, 1984). Su índice y en gran parte, pese a la investigación, su contenido representan aún lo que hoy suele entender un profesor o profesora de historia del derecho que debe ofrecer a sus alumnos y alumnas, lo que también suelen esperar todavía de nosotros los colegas y las colegas juristas de la facultad. No nos piden ni otra cosa ni tampoco más.

El *Curso* de Galo Sáchez constituye un recorrido de lo que se entiende como formación histórica del derecho español: derecho primitivo, derecho provincial romano, derecho visigodo, derecho medieval, derecho musulmán, edad moderna, con los derechos de los diversos territorios españoles, como Aragón y Cataluña, como Navarra y Vascongadas, o como Castilla, y también con Indias, más finalmente derecho nacional, reduciéndose prácticamente la expo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sición a un registro y presentación de fuentes jurídicas: leyes municipales romanas, libros visigodos, costumbres y fueros medievales, compilaciones modernas, códigos nacionales o también, como fuentes que se dicen indirectas, cosas como la literatura jurídica o jurisprudencia pretérita española, de esta geografía. La función que decíamos teórica o ideológica resulta sumamente discreta; se encierra en la posición del derecho español como sujeto preconstituido y más o menos continuo de esta historia. No se oculta que como tal, como derecho nacional, es criatura de la edad contemporánea.

El desarrollo más significativo de esta línea no creo que venga representado por el propio Rafael Gibert con su *Historia General del Derecho Español*, de finales de los sesenta, que optó por añadir a la presentación más externa de las fuentes una lectura directa que resulta forzosamente saltuaria. Estimo que tal posición la ocupa, también por cuanto que responde a una efectiva docencia, el *Manual de Historia del Derecho Español* de Francisco Tomás y Valiente, de finales de los setenta, que presentara y valorara en los citados *Quaderni Fiorentini* (10, 1981) Benjamin González Alonso.

El *Manual* de Tomás y Valiente supone un intento distinto de animación de la materia, centrándose en las fuentes sin despegarse tampoco de ellas como formas a través de las cuales se manifiesta y produce la creación pretérita del derecho, este núcleo decisivo de la historia jurídica, con un entendimiento más político siempre que cultural. También supone una recuperación y desarrollo de la constancia de Galo Sánchez respecto a la posición final del derecho español como derecho nacional en la época contemporánea, en el tiempo constitucional, lo que merece especialmente resaltarse por cuanto que el *Manual* de García Gallo, con quien Tomás y Valiente guarda vinculación docente reconocida, respondía a la concepción exactamente contraria; para él, para el maestro, el derecho nacional, el derecho español propiamente dicho, era expresamente el ordenamiento histórico, el preconstitucional, mientras que el sistema constitucional seria un efecto de lo que se bautiza y tacha como desnacionalización. No hará falta identificar el sustrato ideológico de la posición, tampoco el más característico de la materia.

Hay ahora un manual que abunda en el supuesto primero, el de potenciación más sustantiva del capítulo de fuentes, pero no en el segundo, el de revaluación de una época, la contemporánea, que lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es también de un derecho, el constitucional. Es el caso de Aquilino Iglesia, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, que aparece entre 1987 y 1988. Se declara sin escuela ni maestro, pero no sin patria. Es una prueba también de que no es necesario compartirse la ideologia de García Gallo, definitivamente fuera de juego, para mantenerse la identificación más anticuaria, premoderna, del tiempo y el objeto de la historia del derecho, de una historia del derecho expresamente español. Son cosas todas que conviene seguir reteniendo por lo que luego, con una reforma que ya tenemos de por medio, se nos plantee.

Existe otra versión de la misma codificación docente, una menos atenida a su sucesión de fuentes, aunque no por ello despegada de una idéntica secuencia. Se trata de una variante más institucional, que procura presentar un panorama más sustantivo de todo un derecho histórico español conforme viene a resultar de dicha contemplación de las fuentes tenidas por españolas, de una misma idea de fondo de un tal derecho. Era la línea más tradicional, la que de una forma más comprometida cumplía una función introductiva al derecho español contemporáneo mediante su proyección más sustantiva en el pasado, pero también la menos consistente.

Puede ejemplificarla el prontuario de *Historia del Derecho Español* de Salvador Minguijón, que procede igualmente, como el de Galo Sánchez, de los años veinte. Quería cubrir, no sin ingenuidad, la totalidad del ordenamiento histórico sustantivo en todos sus periodos. En estos términos no es una línea que haya tenido continuidad manualística. En los años treinta, Román Riaza, en colaboración con García Gallo, adopta una fórmula que tendría mayor éxito, si no en otros manuales, en los programas presentados a oposiciones, no sé si luego impartidos por entero; el *Manual de Historia del Derecho Español* debido a ambos reducía la exposición por periodos a derecho dicho público, haciéndola sistemática para los dichos privado y penal. Más derecho anacrónico que historia jurídica siempre así cabía.

Por los mismos años treinta la variante institucional adquiere prestancia historiográfica con el inicio de la publicación de las *Lecciones de Historia del Derecho Español* de Manuel Torres López, que no se ocupaban de materia no pública y que nunca se completaron. No sé si se plantearía entonces alguna especie de alternativa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entre la línea del *Curso* de Galo Sánchez, de una parte, y, de otra, la de la *Historia* de Minguijón, el *Manual* de Riaza-García Gallo y las *Lecciones* de Torres López; no sé si la práctica sería más ecléctica. Ignoro lo que pudiera pasar en el terreno efectivo de la enseñanza. Confieso que para este asunto no me fio de la historia oral. Entre nosotros no faltan pruebas de que se presta a cosas como la fanfarronería y el infundio. Y nuestro *Anuario de Historia del Derecho Español*, que ya existía, nunca se ha significado por concederle especial atención a la cuestión didáctica, menor por lo visto para revistas que hacen los profesores, y siempre lo ha hecho por importarle más el nombre de historia que el apellido de derecho, sin querer a menudo reconocerlo.

Pero interesa aquí la docencia y el presente. En el terreno no sólo más contrastable, sino también más transmisible, de la publicación de manuales, la línea institucional no es la que ha tenido superior desarrollo ni mayor presencia. Las mismas lecciones de Torres López se demoraban y quedaban en unos tiempos antiguos más imaginativos y menos comprometidos, lo que es fama, tampoco sé si fiable, que ha tenido en cambio bastante seguimiento docente. Con manuales que no siempre responden a cursos, programas que nunca han pretendido impartirse y, con su masculino exclusivo para el pasado, profesores que jamás se franquean, toda ésta es una sociología bien elusiva.

Cubriendo el arco histórico, quien se proclama discípulo de Torres López, José Manuel Pérez Prendes, cultiva desde los años setenta, con su *Curso de Historia del Derecho Español*, la manualística de fuentes, acrecida en su caso, no con instituciones, sino con teorías metodológicas y debates historiográficos. También ignoro la medida en la que esto último pueda responder a una efectiva docencia. En cambio lo primero me parece un indicio de que los programas teóricamente institucionales no es raro que encubran cursos realmente de fuentes. Una línea como la de Torres López encontró de hecho refugio en facultad, tampoco de historia, sino de ciencias políticas, pese también a su carácter anticuario: Luis García de Valdeavellano, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, de finales de los años sesenta.

Mas un discípulo profeso de García Gallo cultiva ahora para la facultad de derecho la derivación institucional. Se trata de José

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Antonio Escudero con su *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, de mediados de los ochenta. Presenta apariencia de apuntes efectivamente impartidos. Puede servir como ejemplo actual de la tendencia. Se reanima la fórmula Riaza-primer García Gallo dejándose finalmente perder la parte civil y penal, esto viene a ser, perdiéndose definitivamente el derecho histórico más sustantivo. La codificación del programa sigue consistiendo en la preconstitución de sujetos, siempre españoles. A través de periodos definidos mediante vagas exposiciones de economía y sociedad, se trata en sustancia de la observación de constantes y variaciones de unas mismas instituciones, las tenidas por políticas básicamente: monarquía y cortes, administración central y administraciones territorial y local, justicia e iglesia, hacienda y ejército. Sigue siempre rigiendo la imagen de un derecho español que sólo existe de hecho en la edad contemporánea. Así, en detrimento no sólo de la historia sino también en definitiva del derecho, se entiende, cabe entender, que una función introductoria alcanza cumplimiento.

Conviene también decir que el campo institucional no es que sea ignorado por el García Gallo maduro ni tampoco por Lalinde, como puede comprobarse en sus respectivos manuales, sobre todo en el más completo del segundo, menos significativo sólo a estos efectos docentes. Como convendrá igualmente añadir que es un terreno también cultivado por Tomás y Valiente, pero sin esta traducción, al menos manualistica, en la docencia. El mismo Tomás y Valiente ofreció un panorama de este género de los manuales de historia del derecho en España con ocasión de nuestras jornadas de 1989 sobre *Hispania*, Portugal inclusive (*Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* anexa a los *Quaderni*, 34-35, 1990). No hace falta ampliar. Tenemos el hilo: evolución del derecho tenido por español, el sujeto, a través de la sucesión temporal de las fuentes tenidas por españolas, el objeto. La enseñanza lo es fundamentalmente de éstas.

6. Entre fuentes e instituciones está la cultura, este factor de mentalidad y técnica, de pensamiento y práctica, que, si nos interesa realmente un derecho pretérito, puede ofrecer no sólo penetración en unas particularidades, sino también y sobre todo inteligencia de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un conjunto, del sistema que formaran. Es la dimensión que falla, que prácticamente ni comparece en esta docencia. La misma literatura jurídica, la propia incluso, ya vimos que entraba solamente como algo secundario. Estamos ante la dimensión que podría fácilmente enajenar de la presunción del sujeto, de su identificación anacrónica, de su refundición con el presente. De estilo manualístico, Tomás y Valiente tiene, dentro del volumen tercero de la *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por Miguel Artola en curso de publicación, una exposición sobre *El pensamiento juridico*. No sé si procede de la docencia, pero por la sede se ve que no se destina a ella. No es manual; no es parte del programa codificado. El sujeto no lo pide.

Y el sujeto es el hilo. Podía vérsele tanto en la versión usual de fuentes como en la eventual de instituciones: un derecho español identificado por el dato, no cultural especifico, sino geográfico bruto. El mismo sujeto puede sufrir y la continuidad resentirse, pero ésta resulta la exigencia de principio y la justificación de existencia de una historia del derecho español. Tampoco es que otras cosas se ignoren absolutamente. Por la misma vía de fuentes, por la constancia que no falta en los mismos textos históricos, no deja de aparecer por ejemplo un derecho romano como *ius commune* medieval y moderno; no ha dejado de tratarse su presencia en los territorios hispanos como efecto que se entiende de recepción; pero en él, en este derecho histórico de alcance superior, prácticamente europeo, no es que se penetre. Toda la dimensión cultural que el mismo puede precisamente encerrar para las propias fuentes e instituciones españolas, para esta geografía, queda fuera de consideración docente por cuanto que transciende un ámbito territorial subjetivado. Es parte, y parte importante, de la dimensión que sobraba.

Pues no estamos desde luego ante un ejemplo cualquiera. Sin dicha dimensión cultural de una historia jurídica que no es definitivamente española, que es así como mínimo europea, un derecho histórico, el derecho pretérito sin más, no cobraba vida. En distinta dirección no podía hacerlo, pero tanto daba. Hacia el exterior, la extensión a Indias, a la América históricamente hispana, no ayudaba; hacia el interior, la comprensión de unos derechos españoles realmente existentes en la historia, como el catalán o como el aragonés, como el vizcaíno o como el navarro, o también como el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

castellano, servía en cambio para algo, para la composición imaginaria del sujeto español durante la época bajomedieval y moderna, en el tiempo precisamente de mayor desarrollo de dicha cultura romanista europea, sin el estorbo que representaba. Este era, éste es, el programa.

Una función se cumple, se sigue cumpliendo, la de introducción a una licenciatura de derecho español. Si la historia resultante del derecho no es ciencia que mire al conocimiento del pasado, sino disciplina que asista al ordenamiento del presente, si no es historia sino derecho, peor para la historia y mejor para el derecho, o mejor al menos para el orden vigente. De esto precisamente se trataba. No es cosa que fuera a quitar el sueño a nuestros docentes. Si acaso les preocuparía en unos primeros momentos no atender cumplidamente sus funciones una vez que se pasaban de instituciones a fuentes. Galo Sánchez ya comenzaba, pues nuestro encabezamiento lo es de su curso, procurando conjurar esta especie de fantasmas.

7. La vecindad del derecho romano es cosa que también ayuda. Se supone que no deja de cubrir un pasado. La docencia y la manualística de historia del derecho no suele ocuparse por ejemplo de la compilación justinianea sin que vea en ello impedimento para decir luego alguna cosilla sobre el *corpus iuris* medieval, su recuperación y réplica. Se da por supuesto que el alumnado paralelamente se ilustra con el derecho romano. Y suele ocurrir. Dicha otra asignatura es en lo esencial de impronta pandectística, esto es, doctrinal, de una doctrina literalmente contemporánea, de nuestro tiempo, que se ayuda de una ilustración textualmente histórica, de derecho romano, resultando así a su modo también fiel a la posición de curso, pero suele igualmente ofrecer unos prolegómenos de fuentes antiguas que el profesorado de historia del derecho viene a dar por bueno. Baste un solo ejemplo manualístico para la ilustración de todo ello, el más cuidado además filológicamente: Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, de finales de los sesenta.

También aquí se produce una codificación de programa con posibilidad de variantes. La hay que amplia la parte histórica introduciéndose por esta vía en los terrenos del derecho dicho público, pero la asignatura esencialmente se caracteriza por la atención centrada, si no siempre concentrada, en el derecho tenido

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por privado. Entre historia del derecho y derecho romano, si no hay un claro reparto de papeles, es porque la historia, entretenida en fuentes, no suele aplicarse a la parte sustantiva de instituciones anacrónicamente públicas. Viene a satisfacer mejor aquí su función el segundo que la primera; dentro de la concepción tradicional de la licenciatura, se ve que resiste mejor entre nosotros una imagen utilitaria del derecho romano que de la historia del derecho.

Igual que la historia del derecho puede preconstituir para toda una licenciatura jurídica un sujeto estatal, el derecho romano hace lo propio con un objeto civil, uno y otro de concepción nada histórica ni antigua. También ha sido éste segundo más productivo sin necesidad de ser más consistente. A él aquí se le debe el mismo modelo de exposición histórica dicotómico para uno y otro campo, para el derecho público y el privado en sus propios términos. El uno recibe un tratamiento cronológico; el otro, sistemático. Con esto se crea e impone la imagen de una naturaleza aleatoria y circunstancial del uno, el político, e intemporal y necesaria del otro, el civil. No hay que decir tampoco, pues de esto no se depende, que así se dibuja un modelo especialmente adecuado para los tiempos más inconstitucionales de la historia reciente de España. Y que todo esto no sea historia, sino derecho, es algo que no sólo deja dormir a los romanistas, sino que además ellos mismos reconocen en estado de perfecta vigilia. Aquí no hay complejo.

El nombre más común y completo de la asignatura romanista, la principal de primer curso como ya nos consta, era *Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Es coloquialmente el *Romano* como la historia era el *Español*. Existe esta especie de complemento para la *Historia del Derecho Español* que ponía al fin y al cabo su cultura, sólo que tampoco alguna histórica, sino una contemporánea, la pandectística. No nos olvidemos de esta pieza no vaya a ser que con la reforma adquiera una relevancia superior todavía. No descartemos nada.

8. Había otras compañías en nuestro primer curso, en este cimiento de una licenciatura. Tampoco parecen, para nuestra formación, precisamente buenas. Y podían en principio aportar la dimensión cultural que la historia del derecho necesitaba para su

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

materia. No es así. Unas extensiones habituales hacia tiempos pasados del *Derecho Natural* o filosofía más o menos del derecho como también del *Derecho Político* o derecho más o menos constitucional no descendían al terreno del pensamiento y la práctica más estrictamente del derecho. No ofrecían la cultura pretérita que una historia jurídica pudiera precisar. A este concreto efecto, no representaban competencia para un derecho romano.

Aquí tenemos, junto al *Romano* y al *Español*, el *Político* y el *Natural*. Por lo que pueden mirar efectivamente a la historia, basten también sendos ejemplos, ambos provenientes de mediados de los cincuenta. La *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* de Antonio Truyol y Serra se ocupa de una sucesión de pensadores y doctrinas, pero apenas de ninguno ni de ninguna que puedan rigurosamente ser llamados, en la medida en que se les contempla, jurídicos ni jurídicas. La *Historia del Constitucionalismo Español* de Luis Sánchez Agesta suma a esto, a la falta de concentración en el derecho, la interiorización de las posiciones menos constitucionales que más todavía expulsan del espacio jurídico. Con esta importante diferencia, entre autores más que entre materias, y pese a profesar el primero el derecho internacional y no la filosofía, ambos son a nuestros efectos respresentativos.

Lo son de un modo relativo no sólo porque estas materias especialmente se han prestado a la multiplicación de tendencias, sino también porque con ello su enseñanza, tanto la del derecho dicho político como la del dicho natural, ha venido resultando particularmente arbitraria. Sus programas estaban bastante menos codificados. Y en resumidas cuentas, si no fuera por una pandectística, para ningún tiempo y por ninguna parte existiría en este primer curso de derecho una cultura jurídica, cultura ninguna que mereciera este calificativo. Retengámoslo también por lo que pueda interesar a la reforma.

A ella, a la reforma, con todo lo visto, ya parece que podemos pasar. Tras mirar el pasado presente, contemplemos el presente futuro. Habíamos de conjugar estos tiempos para lograr un conocimiento de nuestro verbo, enseñar, y de su objeto, la historia jurídica, con su papel de sujeto, la del derecho español. Estamos siempre, ya también lo sabemos, en el tiempo presente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II.

9. El contexto universitario de la historia del derecho cambia drásticamente ahora, con la reforma. Abre posibilidades. Los planes de estudio pierden rigidez. Como ya dije, sólo se fijarán ahora unas directrices generales o materias obligatorias mínimas dejándoles a las universidades un margen de autonomía para la confección de sus planes particulares con materias añadidas, ya obligatorias propias, ya también optativas. Y unas licenciaturas no se identifican ahora con unas facultades; podrán ampliarse, con nuevos planes, con diversas combinaciones de materias, las mismas titulaciones académicas. Y no sólo se trata de diversificación de unos estudios de nivel de licenciatura; también se emprende ahora, con la introducción de unos cursos regulares, la animación de los de doctorado, con mayores posibilidades científicas éstos por no dar lugar o no estar vinculados a título profesional. Cabe incluso la posibilidad ahora de que las licenciaturas dejen de identificarse directamente con titulaciones profesionales. En fin, materias como la historia del derecho pueden ver en efecto el campo ahora abierto.

Y cambian más cosas, o tienen al menos ocasión también de hacerlo. Bajo la idea ahora de definición de unas áreas de conocimiento, el mismo cuadro de materias se revisa. El sistema de ingreso del profesorado también se reforma. Se instituyen además departamentos de una o varias áreas con funciones no sólo respecto a la investigación, sino también a la docencia, para su organización más competente que la tradicional de las facultades. Es la ocasión de replantear la propia concepción y denominación de la historia del derecho; es el momento ante todo de un apeo, de un deslinde material que determine su extensión y comprensión, que defina también sus relaciones con otras materias históricas y jurídicas comenzando, en su caso, por el derecho romano; es la oportunidad de reflexionar sobre unas posiciones y sobre unas funciones, de decidirse sobre la posición y la función. Es la hora de la verdad.

Algunas decisiones ya están tomadas. Veamos en qué dirección. Que más toquen a la docencia, como cuestiones previas a los planes de estudio, tenemos la identificación de las áreas de conocimiento, la regulación del acceso al profesorado, la organización de los departamentos y la definición de las licenciaturas. Son cuestiones todas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ellas ya abordadas por sucesivas disposiciones. Comprobemos las novedades, pues ya decimos que las hay. Es lo que ahora nos interesa. Queda advertido que no trato de exponer el régimen actual de la enseñanza universitaria en España; algunas de entre las mismas medidas de reforma que he de citar han sido a su vez reformadas o están en trance de serlo durante este otoño de 1992 en extremos poco relevantes o nada decisivos, por lo que hasta el momento ha transcendido y cabe prever, a nuestros efectos docentes.

Y trato solamente de ellos, sólo de aquello que interese a la docencia. La reforma universitaria en España ha arrostrado problemas peculiares por haberse aprovechado para medidas particularizadas de modificación de cuerpos docentes atropellándose expectativas creadas e incluso derechos adquiridos bajo la legislación anterior. Aunque me haya afectado de forma personal, aunque también pueda importar a su recepción inicial por la duda de legitimidad y aunque incluso sus efectos resulten más que coyunturales, procuraré no entrar en este desagradable terreno. Me ceñiré a nuestras cuestiones; intentaré ocuparme de todo aquello y nada más que de aquello que interese al cambio de posición y función de la historia jurídica en los estudios universitarios.

Así que procedamos. Todo empezaba con la constitución de 1978 (*Boletín Oficial de Estado* de 29 de diciembre) y más en concreto, tras la aplastante victoria electoral socialista de 1982, con la ley de reforma universitaria de 1983 (*Boletín Oficial del Estado* de primero de septiembre), respaldada en lo esencial y alterada en algún extremo por la jurisprudencia contitucional en 1987 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de marzo). La duda de legitimidad no fue a mayores gracias a ella, a la doctrina de un tribunal de composición en buena parte a su vez profesoral universitaria; a la sazón lo preside un conocido de estas páginas, Francisco Tomás y Valiente, y forma parte del mismo un par de profesores más entre los que aquí han comparecido, Angel Latorre, romanista, y Antonio Truyol y Serra, historiador de la filosofía aunque internacionalista. La reforma así prosigue, puede hacerlo, sobre las bases últimas en lo fundamental que la decisión política de la ley sentara.

Ya también dije que la ley, más que decidir la reforma, le da paso y abre camino. Conforme a un principio constitucional de autonomía universitaria, crea instituciones y establece procedimien-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tos que puedan conducir a ella. Veremos que también ya adopta alguna opción de alcance para la docencia en el capítulo particularmente del profesorado. Pero las decisiones fundamentales en este campo no se toman por la misma ley, por el parlamento, ni se dejan a las universidades, a sus estatutos autónomos; aunque algunas determinaciones puedan también corresponder a la competencia legislativa o a la reglamentaria de las regiones, las aquí dichas comunidades autónomas, tampoco es el caso. Las resoluciones más decisivas al menos para la docencia vendrán por vía de un desarrollo reglamentario retenido, por decretos del gobierno central, aun con participación a su vez universitaria a través de un consejo también general, el consejo de universidades que tampoco dejará de comparecer.

10. En 1984 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de octubre), un decreto ya se ocupa de regular el acceso al profesorado y de fijar las áreas de conocimiento a las que el mismo se adscribe. Estas se definen como «aquellos campos del saber caracterizados por la homogeneidad de su objeto de conocimiento, una común tradición histórica y la existencia de comunidades de investigadores, nacionales e internacionales». Para esta empresa científica, para este organigrama de la ciencia, los dos segundos criterios, y especialmente el intermedio, pueden ser los más dudosos.

Son los que se aplican en nuestro terreno, especialmente el intermedio. Se presenta un primer catálogo de áreas en el que aparecen, distintas y separadas, la *Historia del Derecho y de las Instituciones* y el *Derecho Romano*. Su conexión se limita al ofrecimiento de una opción, por lo demás no aprovechada, de integración de los romanistas en el área histórica, posibilidad que se plantea sólo en esta dirección y no en la contraria, de los historiadores al romanismo. Y la misma novedad de la denominación con una fórmula genérica y acumulativa, que suma como objeto de historia instituciones a derecho, aparte la problemática de la distinción de base, redunda en la concepción amplificada del área de historia. Además de un nombre más comprensivo, no hay apellido que vincule como sujeto a España.

Con dicha misma designación tan amplia, resulta especialmente inconsistente la independencia del derecho romano; sólo podría

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comprenderse considerándosele como una materia jurídica de carácter no histórico, lo que ya es problemático a nuestras alturas. Disposiciones subsiguientes, como veremos, no será ésta la concepción que asuman. Hay aperturas y habrá bloqueos; hay tanteos y habrá contradicciones, pero un horizonte comienza así a dilatarse para la historia del derecho hasta los mismos límites que plantea la resistencia del derecho romano. En lo que atañe a la docencia, todavía no se produce modificación alguna, lo cual sólo habrá de venir con dichas otras disposiciones, con la renovación también prevista de los planes de estudio.

11. Como áreas distintas, la historia del derecho y el derecho romano siguen con sus divisiones independientes. El acceso al profesorado continúa siendo por cooptación entre los profesores de cada materia, con ciertas continuidades y con algunas novedades, no poco importantes éstas. El campo viene ahora delimitado por la definición de las áreas. Las plazas que se doten, convoquen y cubran deben pertenecer a ellas, a *Derecho Romano* o a *Historia del Derecho y de las Instituciones* siempre distintamente en nuestro caso. No caben otras identificaciones o ni siquiera modulaciones. Un tímido ensayo de poder apellidarse las nuevas plazas con algún perfil añadido fue pronto zanjado. Los profesores pertenecen a una u otra área, identificándose su profesión por ellas.

Siguen siendo funcionarios; seguimos siéndolo unos y vienen a serlo otros sin que pese esto del todo a la autonomía universitaria. Es una continuidad que la misma ley marca. Pero también vienen con ella y tras ellas las novedades. Terminan los concursos nacionales; éstos serán a partir de ahora de cada una de las universidades. No se mantiene ningún tipo de prueba general para la habilitación de docencia; la de los concursos de plazas se reducen a unos mínimos que además tenderán, con la localización, a relajarse. Para la promoción del candidato doméstico de la universidad interesada, no es raro el concurso que se celebra sin oposición, sin competencia. Así se ingresa en su caso en este funcionariado. Son efectos agravados por la jurisprudencia constitucional al reforzar este punto concreto de autonomía universitaria sobre la base de dar por buenas tanto la condición funcionarial heredada como la falta de habilitación sobrevenida. Así juega esta autonomía.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El sistema se descentraliza o tiende más bien a dispersarse, desapareciendo así, en lo que ahora nos interesa, aquel importante factor de creación y reproducción, para lo bueno y para lo malo, de tradiciones corporativas, como las docentes, mediante las mismas confrontaciones concursales. Toda la docencia ya puede diversificarse por este nuevo elemento de la autonomía universitaria en el acceso al profesorado. La constitución española reconoce además la libertad de cátedra y la ley de reforma universitaria declara la plena capacidad docente individual de los profesores que han superado un concurso. Una responsabilidad en el ejercicio de libertad y el uso de capacidad se entiende que habrá de contrastarse y aquilatarse en el seno de unos departamentos.

12. Pues viene aquí esta novedad de los departamentos como instituciones competentes para la organización de la docencia de sus respectivas materias, para la coordinación no sólo entre profesores, sino también entre áreas. Antes sólo existían nominalmente. Su composición se decide por las propias universidades conforme a unos requisitos mínimos marcados por un decreto de 1985 (*Boletín Oficial del Estado* de 14 de enero); consisten esencialmente en un número de profesores. En un departamento pueden reagruparse áreas de conocimiento afines con el objetivo de coordinar no sólo la investigación, sino también en efecto la docencia. La historia del derecho, que como área de conocimiento no suele alcanzar por sí sola los requisitos para formar un departamento, se encuentra ante la necesidad de definirse y situarse, de buscar sus afinidades ya hacia materias jurídicas, ya hacia las históricas, ya hacia un área también histórico-jurídica como el derecho romano.

La red departamental ya está formada. Dentro de los requisitos, cada universidad ha decidido la suya. El resultado es muy variopinto. Para la historia del derecho no ha existido una pauta. No ha tendido a reunirse con otras especialidades históricas, quedándose generalmente en el campo del derecho, pero con compañías muy variadas. Donde hoy aparece la historia del derecho junto al derecho romano en un solo departamento normalmente esto ha ocurrido, no por motivación autónoma de los interesados, sino por resultado residual de una falta de alternativas. No conozco ninguna universidad donde esta reunión se haya planteado y menos realizado con el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

objetivo dicho de coordinación ni investigadora ni docente, con algunas miras reintegradoras. Son las nuestras unas áreas que, con departamento común o en departamentos separados, siguen aquí en el mejor de los casos coexistiendo y soportándose. Reténgase esto por lo que luego veremos respecto a los planes.

13. Tenemos a continuación las titulaciones. Es la de derecho la que sigue sustancialmente interesando a nuestra materia de historia. En su concepto no hay reforma. La licenciatura no se desvincula de la titulación profesional y sigue además consistiendo en la suma de unas asignaturas, de sus correspondientes exámenes, sin prueba alguna de habilitación, ni universitaria ni administrativa ni judicial ni corporativa ni de otro tipo ninguno. Tampoco se plantea la posibilidad de que, desvinculándose las titulaciones, la enseñanza universitaria no tenga por qué constituir la única vía de acceso a unas habilitaciones laborales como las jurídicas; nada actualmente demuestra, al menos para estas profesiones, que la universidad hoy ofrezca la mejor y única fórmula. Pero constitucionalmente ésta es una materia de competencia estatal, así no social, y la ley sólo se ha planteado la alternativa muy relativa, por condicionada, de unas universidades privadas que están de momento inéditas, salvo las católicas que ya existían. Un decreto de 1987 (*Boletín Oficial del Estado* de 14 de diciembre) establece unas directrices comunes para todas las titulaciones sin tenerse por qué meter en honduras. La ley no lo había hecho.

En este terreno más general de la enseñanza, de su dependencia encadenada respecto a unas titulaciones y a unos exámenes, podían haber jugado los estatutos, normas autónomas de las universidades. Bajo una ley y unos decretos, el ejercicio estatutario de una autonomía universitaria prácticamente ya se ha culminado; sólo está en estos momentos pendiente para universidades de reciente creación. Que ahora nos interese, hubiera podido servir para solventar tales problemas de supeditación de los cursos a los exámenes y de las licenciaturas a las asignaturas, de resentimiento con todo esto de la docencia, pero tampoco es que se haya intentado aprovechar en este sentido por una parte mayorísima de las universidades; muy al contrario, en algunas se han llegando a consagrar por esta vía como derechos de los estudiantes las prácticas anteriores de multiplicación

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de convocatorias de exámenes incluso durante el curso que perjudican al máximo la enseñanza. No todo es responsabilidad de decretos.

Respecto a titulación, otro decreto establece en 1990 (*Boletín Oficial del Estado* de 20 de noviembre) las directrices propias del título o licenciatura de derecho. La misma se articula en un par de ciclos, pero sin grado ni titulación intermedios; cada uno habrá de tener una duración mínima de dos años y el total de la licenciatura podrá oscilar entre cuatro y cinco. Ya está abierta además la posibilidad de que los cursos sean semestrales, con un mayor aprovechamiento del año. A nuestros efectos, lo esencial del decreto es la fijación del catálogo de las materias obligatorias, dichas troncales, para la elaboración de los planes, el desarrollo de los estudios y la colación del grado por las universidades. Pueden llegar para nosotros novedades realmente importantes.

14. Este catálogo tuvo una gestación conflictiva. Su proyecto oficial cambiaba resueltamente la concepción de la licenciatura. En lo que a nosotros nos importa, no contemplaba la inclusión como materias troncales ni de la historia del derecho ni del derecho romano, ni de la *Historia del Derecho Español* ni de la *Historia e Instituciones de Derecho Romano* más en particular. Perfilaba dicho proyecto unos estudios jurídicos que ya no contaban con el curso tradicional primero, con su carga doctrinal de fundamentos. La exclusión de la historia en el cuadro de la troncalidad era completa, pues tampoco entraba en el campo de unas materias positivas. No la había general ni constitucional ni civil ni de ningún orden. Quería así también cancelarse el uso bastante establecido de que atendiesen a la historia un derecho constitucional o una filosofía del derecho, aquellas otras materias de primer año de *Derecho Político* y de *Derecho Natural* más en concreto.

Desde unas posiciones positivistas por constitucionales, que identificaban unas bases en el derecho constituido precisamente por constitucional, podía prescindirse de tales entradas en la licenciatura jurídica. Desde este punto de vista, nada era objetable, salvo quizá que se descuidaba una dimensión cultural interesante para el propio sistema en la que hubiera de entrar la historia; si constitucionalismo es cultura jurídica antes que derecho positivo, la historia no estaría

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

desde luego de más. Pero tampoco es justo decir que fuera aquel un proyecto cerradamente positivista; contaba con una materia de teoría o filosofía sintonizable con la concepción del plan, mas no lo hacía con alguna historia que también pudiera responder a ella, a la formación en una cultura jurídica de tal fondo constitucional para todo el ordenamiento, para todas sus ramas. Y caso de pensarse que el proyecto, por positivista, no era satisfactoriamente constitucional, las asignaturas de historia jurídica existentes, de derecho español y derecho romano, no ofrecían desde luego un remedio. También ha de decirse que una filosofía del derecho y un derecho político no habían aquí renovado mínimamente sus historias, ni la cultural ni la constitucional. Nada brindan tampoco a estos efectos.

Justamente, justificadamente, se recela y desconfía de las disciplinas establecidas tanto de derecho romano e historia del derecho como de derecho político y derecho natural. Realmente, efectivamente, lo que se ignora y cancela es todo el primer curso tradicional, su concepción de la licenciatura. Es sólo un proyecto. Y estoy interpretando su espíritu pues la motivación que no dejaba de acompañarle no lo hacía de un modo cumplido. Eludía en particular el compromiso de explicar unas exclusiones. Previendo la reacción que veremos o más probablemente por presiones ya habidas, la motivación contenía incluso la sugerencia siguiente: « Queremos completar nuestra propuesta recomendando vivamente que en el momento de abordar la elaboración definitiva de los planes de estudio por cada Universidad se incluyan materias de carácter histórico, como la Historia del Derecho o el Derecho Romano ». Lo significativo a mi entender es que el tronco de momento no lo hiciera, que se resistiese inicialmente a hacerlo. La recomendación también era una forma de quitarse nuestras materias de encima. No se les tomaba en serio; mientras otras se replanteaban y redefinían, éstas no lo merecian. Se les arrojaba como el agua sucia sin comprobar siquiera si había en la bañera una criatura.

A efectos prácticos, cierto era que la cancelación tanto de unas materias como incluso de la concepción que representaban, tanto de una cosa con sus posibilidades varias como de la otra con su realidad conocida, no resultaba definitiva. Solamente se trataba de un tronco, no de todo el despliegue de un ramaje. Así todavía la materia histórica no era en sí excluida de unos planes completos; tan sólo se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le obligaba a justificarse y situarse conforme a su propia capacidad diferenciada y al entendimiento global de la licenciatura en el seno de las distintas universidades, unas treinta como ya dijimos. Algunas son politécnicas y no tienen nuestro problema.

La reacción en defensa de la concepción tradicional no se hizo esperar; no esperó a la segunda fase. Vino antes el encuentro. Unas presiones sólo parcialmente han transcendido, pero han llegado al exterior; por impulso atropellado de algún colega español, otros europeos se han manifestado a favor de la troncalidad debiéndose guardar sus dudas sobre una palabrota que no hay diccionario que resuelva (*Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciado en Derecho. Propuestas alternatívas, observaciones v sugerencia formuladas al Informe Técnico durante el periodo de información y debate públicos*, Consejo de Universidades, 1988, con el proyecto y la motivación, dicho informe, y los manifiestos y el atestado del atropello, obra de Manuel Peláez, el colega dicho).

Que pueda convenir saberse para explicarnos el curso subsiguiente de las cosas, en el citado consejo de universidades a la sazón figuran rectores juristas cuya actuación frente al proyecto pudo ser efectiva; así tenemos a Gustavo Villapalos, historiador, y a Javier Pérez Royo, constitucionalista, también convertido en abogado de troncos poco constitucionales, de aspirantes a tales. Que pueda también interesar para lograr situarnos, ambos se encuentran entre quienes se beneficiaron de las medidas coyunturales de la ley a las que hice referencia. Hay medios donde no ha habido duda de legitimidad. Esta ley de 1983, con su promoción inmediata de unos y diferida de otros, con las facilidades ofrecidas a muchos, ha generado una maraña de intereses difícil ya de deshacer; con el entendimiento de la autonomía universitaria que resulta de ella y de la jurisprudencia constitucional, tienden pronto a prevalecer, reforzando en su caso existencias. Ahí estamos.

No era algún rector el único interesado. De los susodichos no puede negarse que desempeñaran unas funciones representativas. En nuestro punto de unas posiciones poco favorables a la concepción del proyecto, con su signo constitucional, de la licenciatura, el clamor resultaba bastante audible, alcanzando además un eco profesional que sabia armar ruido (*Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1987, 6, *En defensa del Derecho Romano*, 1988, 2,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En defensa de la Historia del Derecho). Así se exigía no sólo la troncalidad de la historia del derecho y del derecho romano, sino también su mantenimiento en la posición primera, esto en el fondo es, lisa y llanamente, la concepción tradicional del conjunto de la licenciatura. Y el caso es que un éxito se ha tenido.

Conviene insistir antes de que prosigamos con el curso de las cosas. No se reclamaba exactamente la introducción de la historia en el tronco de los estudios de derecho. Podía haberse argumentado perfectamente que para unos planes de concepción constitucional convenía una materia histórica troncal que fuera historia de todo este sistema, del constitucionalismo en su sentido más comprensivo, esto es, cuyo alcance no ha de resultar restringidamente político ni cerradamente nacional, sino integralmente jurídico y virtualmente universal. O quizá mejor convendría una historia que más largamente lo fuera de la cultura intelectual y la práctica social que, tanto para sus limitaciones como para sus virtualidades, sigue estando en las raíces de un tal sistema. Hay una dilatada historia que, sin dejar de serlo, podría efectivamente introducir al derecho, al derecho actual justamente. Pero no, no se quería esto, sino un derecho romano de cuño pandectístico, de una doctrina que es de época constitucional, pero bajo mínimos constitucionales, y una historia del derecho español de sustrato tampoco más claro, el cual y la cual no se sabe muy bien a estas alturas dónde introducen.

Había incluso más posibilidades abiertas y a la vista, como la de pagar el despecho con el olvido, la ignorancia con el abandono, la solución de salir definitivamente de la licenciatura de derecho y buscar acogida troncal en alguna de letras; pero ni siquiera quienes defienden la naturaleza historiográfica y no jurídica de nuestra materia se han atrevido a proponer una mudanza de este alcance, tampoco facilitada por otras licenciaturas como habrá ocasión de detectar. Ya había comenzado por no efectuarse el agrupamiento departamental con unas generalidades ni con otras especialidades históricas. En el fondo todos pensamos que nuestro espacio vital es el derecho; el exponente mayor de la tendencia historiográfica, Tomás y Valiente, viene a reconocerlo en nuestro encabezamiento, que lo es también de su manual.

Pensamos esto en el fondo todos y piensa más todavía la mayoría absolutísima; considera que nuestro lugar está en el tronco y en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primer ciclo. Las reservas que latían en el transfondo del plan primitivo, del proyecto, como tampoco se expusieron con franqueza, no tienen por qué confrontarse en público. Es como si hubiera sido un descuido. En el desarrollo del conflicto, en el debate que ha transcendido, se pierde la cuestión de la concepción de la licenciatura; se deja perder el problema. Para la historia del derecho y el derecho romano, basta ahora con insistir o con dejar que otros insistan en unas tradiciones propias, las que ya les habían valido la consideración de áreas de conocimiento por sí y por separado.

15. Y se logra como digo el nuevo éxito. Entre las materias troncales, aparecen final y distintamente las nuestras. Lo hacen con unos mínimos de tiempo reducidos, con seis créditos o sesenta horas totales cada una, pero en un primer ciclo de la licenciatura, esto es prácticamente, en la posición tradicional como querían. Para la ordenación de los planes de estudios y de los currículos del alumnado, se ha adoptado el sistema de cómputo de créditos que corresponde a la desconexión o a la menor identificación entre materias, exámenes, grados y títulos, pero ya sabemos que éste no es aquí el caso. Se hace distinción entre créditos teóricos y prácticos, de clases de uno y otro carácter, queriéndose potenciar además la enseñanza práctica en un segundo ciclo, pero siguen existiendo generalmente las condiciones que la hacen imposible. Tampoco se tome la hora de un crédito por una hora de clase, pues ya sabemos que ésta llega como máximo a los tres cuartos. Mas la cuestión es, en sustancia, que la historia del derecho y el derecho romano se han puesto nuevamente en posición. La han recuperado. No la han perdido.

Pero ha habido también que justificar la entrada al foro y la reserva de plaza con alguna acreditación, con sendas cualificaciones. Particularmante la admisión desnuda del derecho romano parecía hacerse dura. Lo que ha entrado no es exactamente lo que había, un doctrinarismo pandectístico más o menos aderezado de historia antigua. Resurge ahora un derecho romano transformado como *Derecho Romano: El Derecho en Roma y su recepción en Europa*, cancelándose así su identidad doctrinal, estableciéndose de este modo su reconocimiento como materia histórica, planteándose de tal forma su expansión como historia más en concreto del *ius*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commune romanista, de la cultura jurídica común europea y tampoco sólo del más indiferente y menos cognoscible derecho romano antiguo; entre el *Derecho en Roma* y su *Recepción en Europa*, a ningún jurista se le escapa que se sitúa todo esto. Ninguno tampoco, salvo ya se verá si el romanista, concibe otra posibilidad que la condición histórica para el derecho romano; ya hemos visto que lo expresaba como cosa pacífica la motivación del proyecto: « materias de carácter histórico como la Historia del Derecho y el Derecho Romano ».

Con esta concepción, lo que no guarda definitivamente sentido es la distinción y separación de áreas de conocimiento, la independencia del área de *Derecho Romano* respecto a la de *Historia del Derecho y de la Instituciones*. Dada la división, con dicha concepción, menos sentido todavía tiene la práctica de no coordinarse, integrándose dentro de unos mismos departamentos, una y otra área, el derecho romano y la historia del derecho. Pero la facción realmente resiste. Cuando cabe concurrencia o alternancia en la impartición de una materia troncal por varias áreas, este mismo decreto no deja de consignarlo; el *Derecho Romano: El Derecho en Roma y su recepción en Europa* está exclusivamente asignado al área de *Derecho Romano* sin juego para la de *Historia del Derecho y de las Instituciones*. Así son las cosas de una reforma. Y así tenemos que hay campo, y campo histórico, para un área primera, para el derecho romano.

Y la otra, la historia del derecho, reaparece ahora con su cualificación nacional enfatizada: *Historia del Derecho Español: Estructuras básicas y evolución del Derecho español.* A nuestra área de conocimiento de *Historia del Derecho y de las Instituciones* se le asigna esta materia histórica española también en exclusiva, como al área de *Derecho Romano* acabamos de ver que se le atribuye de forma igualmente privativa la otra dicha, la europea. Para un caso tan concurrente ya sabemos que la concurrencia no se prevé; para algo históricamente inescindible, pues no hay distinción de tiempo sino de espacio y para unos tiempos y unos espacios, los medievales y modernos, que comparten no sólo texto romano sino también cultura jurídica y derecho efectivo, ya vemos que la escisión es lo previsto. No hay ni siquiera colaboración a la vista. Aquí tenemos dos partes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Por una parte, se le ofrece continuidad a la historia del derecho forzadamente español, con toda su carga de anacronía siempre y de ideología a menudo. Todas las versiones codificadas del programa pueden mantenerse. Repásese el panorama. Adviértase que el manual más reciente de entre los vistos, *La creación del Derecho* de Aquilino Iglesia, que sólo data de 1987, recuperaba la noción del derecho español menos identificada con un tiempo constitucional. Nótese que el precedente inmediato de José Antonio Escudero, su *Curso de Historia del Derecho* de un par de años antes, también así posterior al arranque de la reforma, aportaba la carga anacrónica mayor de derecho contemporáneo, decimonónico más que actual, y la conciencia jurídica menor de tiempo constitucional. Uno y otro pueden entender, seguir entendiendo, que ofrecen historia del derecho español, introducción histórica al mismo. Puede hacerse. Cabe perfectamente.

Tal vez sea más sintómatico el caso del curso de Escudero. Sigo sin poder decir lo que se hace normalmente en nuestra docencia. Era cosa sobre la que mejor no se hablaba. En España parece incluso impensable que los historiadores del derecho nos convoquemos y reunamos para el intento. Pero los signos manualísticos parecen apuntar en la dirección de un ensimismamiento menor en la historia sin recuperación mayor de la cultura. Sobre los esquemas codificados, otros manuales publicados, mas ya digo que no sé si en el mismo grado unas prácticas docentes, pueden testimoniarlo (véanse unos colectivos que también pueden editarse y reeditarse sin inmutarse por la reforma: Enrique Gacto, Juan A. Alejandre y José Mª García Marin, *El derecho histórico de los pueblos de España*, de principios de los ochenta; Mariano Peset, Adela Mora, Remedios Ferrero, Jorge Correa, Pilar García Trobat y Javier Palao, *Historia del Derecho*, ya de los noventa). Quizá haya una confluencia; tal vez la formulación reglamentaria de la materia, con su énfasis en el calificativo español, esté mirando en la dirección de una historia menos anticuaria y con ello se supone, pero no se garantiza, que más constitucional. Mas el caso de la creación de Iglesia también nos hace ver que ni siquiera esto se encuentra asegurado.

El lenguaje ya se sabe que es cosa convencional. Una de las limitaciones esenciales de los poderes normativos es que no son dueños de las palabras. Para el caso, un rótulo como el de *Historia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Derecho Español: Estructuras básicas y evolución del Derecho español resulta que no tiene por qué significar lo que pudiera entender un profano, la formación y desenvolvimiento de un derecho contemporáneo pues no hay otro estrictamente español en el pasado, sino que habrá de encerrar, pues estamos con lenguaje gremial, lo que entienda el maestro, historia incluso de otro derecho si ésta es la convención predominante en su medio. Puede así significar todavía una especie de prehistoria, todo el tiempo y sólo el tiempo preconstitucional. O podrá aún el significado siempre centrarse en estos tiempos digamos efectivamente que prehistóricos.

En teoría, una asignatura que se subtitula *Estructuras básicas y evolución del Derecho español* tampoco tiene por qué encerrarse en una historia española, por qué sujetarse a este entendimiento ni en su versión vulgar ni en la magistral. Las estructuras básicas de un ordenamiento español, como del italiano, no se generaron en ella, pues como mínimo pasan por la formación del concepto constitucional del derecho en la Inglaterra del XVII, por su comunicación exterior durante el XVIII, por su articulación institucional y traducción textual con la independencia de Norteamérica y por su giro pronunciado tras la revolución de Francia en una dirección que podrá estar más presente en España, como en Italia. Todo esto es historia de unas estructuras básicas de un derecho actual español, o italiano, de uno u otro por entero y no sólo de unas partes públicas. La evolución ya podrá ceñirse más a la geografía, de la española como de la italiana, al menos hasta el planteamiento de la comunidad europea. Pero nada de esto parece lo previsto por parte de un legislador, o mejor dicho de un reglamentador, ni lo previsible por parte de unos docentes. Mandará la continuidad no sólo de denominación académica principal, sino también de tradición corporativa preponderante.

Dentro de las coordenadas de nuestro caso, la imposición troncal de una historia del derecho cualificadamente español, si se mantiene como es previsible la continuidad de su objeto, puede además resultar ofensiva para universidades sitas en territorios que verdaderamente han contado con derechos históricos propios, como Aragón o como Cataluña, como el País Vasco o como Navarra, o también como Castilla, por no salir de unos ejemplos ya mencionados. Pero para esta cuestión, muy sensible entre nosotros, vuelvo a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contentarme con el inciso pues, a los efectos de formación en una cultura jurídica de interés constitucional, tales otras historias, la *Historia del Derecho Aragonés* como la *Historia del Derecho Catalán*, la *Historia del Derecho Vasco* como la *Historia del Derecho Navarro*, o como también la *Historia del Derecho Castellano* y algún etcétera, estas historias, digo, por ser menos ficticias no son más relevantes; encierran aún más en unas geografías. Son, en cuanto que jurídicas, literalmente menores y, como tales, todavía tienen un lugar en los planes de estudio particulares. El problema sigue siendo por sí misma la troncal.

Lo son las troncales. Era la primera parte, la española. Y está la segunda, la romana. Con el derecho romano remozado se abre la incógnita de una materia ocupada teóricamente en una historia jurídica que aquí tradicionalmente no ha cubierto y para la que no parece estar ni interesada ni capacitada. De excepciones he advertido reiteradamente que no trato. Podremos llevarnos la sorpresa de que *Derecho Romano: El Derecho en Roma y su recepción en Europa* signifique todavía más doctrina que otra cosa. No se ve a los romanistas dispuestos al abandono de sus programas híbridos de historia antigua y pandectística contemporánea. Todos somos adictos a nuestra respectiva droga adulterada. Aún resultará que la súbita conversión europeísta del romanismo español no ha sido un diagnóstico y una cura, sino una coartada y un expolio. La historia del derecho se encuentra así excluida. Las directrices no contemplan la posibilidad de una enseñanza concurrente. Ya también hemos visto que la oportunidad de coordinación por unos departamentos tampoco se ha aprovechado. Ni veo que, ante la necesidad docente, se esté planteando.

Entre primera y segunda parte, entre *Historia del Derecho Español* y *Derecho Romano* con sus flamantes apellidos actuales, *Estructuras básicas y evolución del Derecho español* y *El Derecho en Roma y su recepción en Europa*, entre una y otra cosa, puede quedar bloqueada la misma conveniencia actual de una historia europea del derecho, mejor que historia del derecho europeo, esto es, no sólo de un ordenamiento vigente, de la formación jurídica actual de Europa, sino también, sin proyecciones, de la cultura jurídica de matriz romanista que igualmente constituyera en otro tiempo un derecho para esta geografía, todos los territorios españoles comprendidos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Puestos a ser actuales y pragmáticos, tampoco se entiende por qué no se ha establecido claramente una materia trocal de *Historia Europea del Derecho* encomendada conjuntamente a nuestras áreas. Hubiera tenido sus ventajas.

Unos profesores hubieran podido repetir a esta escala actual europea la misma operación creativa que antes se hiciera con la historia del derecho español, como en su caso, sin ir nunca más lejos, con la del italiano. Otros se hubiesen decidido a atender mejor, sin retroproyecciones, tanto el sustrato histórico de una cultura jurídica como la construcción presente de un derecho europeo. Unos y otros habrían tenido la ocasión de acabar con el aburrimiento de unos programas codificados e inútiles. No habría que trabajar tampoco demasiado, al menos para la opción primera; en ella, en la figuración creativa de un continuo de derecho europeo a partir de la misma Roma y a través de todo el *ius commune*, ya vienen haciéndolo otros, pues por las latitudes vecinas no faltan quienes vuelven a hacerse la ilusión, ahora para el derecho europeo, de que el futuro se encuentra en el pasado (un solo ejemplo manualístico nuevamente, sin ir más lejos: Manlio Bellomo, *L'Europa del Diritto Comune*, de finales de los ochenta). Bastaría, entre nosotros, con plagiar; en casos, con seguir plagiando. Pero ya de sobra sabemos que la salvación troncal querida era otra. En cuestión de plagios, se prefiere el propio, el que está acostumbrado a cometer cada curso el profesorado. Ya es un hábito.

16. Con una parte, la española, y con otra, la romana, con la continuidad resultante, puede temerse que el cambio de filosofía en un sentido constitucionalista que no adviene para la historia, se produzca en la dirección contraria, en verdadero contramano, para el derecho, para el conjunto del plan, para la licenciatura jurídica y la cultura constitucional. Cabe temer que, con su cuota de curso primero, la recuperación llegase a alcanzar a toda la concepción tradicional de un plan que contaba con tales bases doctrinales de clave histórica porque no las conocía propiamente constitucionales. El riesgo puede que exista, aunque tampoco hay que exagerar.

No parece que la presencia troncal de unas materias históricas, la historia del derecho y el derecho romano, pueda resultar a estas alturas tan determinante. La misma concepción tradicional de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

licenciatura es irrecuperable; estaba ya desahuciada antes de la reforma. Ahora más bien se trata de acertar con el camino o de entrar en vía muerta. Tiene la palabra cada universidad y, en último término que es al fin el primero, los profesores y las profesoras, cada uno y cada una de entre ellas y ellos, de aquellos y aquellas que profesen asignaturas verdadera y no sólo reglamentariamente troncales.

El morbo está en nuestras materias; ellas son las enfermas. Pero el remedio también ha estado a su alcance. No supimos curarnos en salud, pero ahora se nos ofrecía la oportunidad de operar sobre el estado real de enfermedad. Ya teníamos reconocimiento y diagnóstico para vencerla o al menos para domeñarla. El quirófano estaba a nuestra disposición. No era todavía la autopsia. Con la concepción del primer plan, del proyecto, la docencia de una historia jurídica integrada y liberada, sin la escisión y la servidumbre tradicionales, podía realmente haberse visto ante un campo más abierto y menos minado, ante unas posibilidades concordes con su carácter, sintonizadas con su investigación. Estaban especialmente las posibilidades de la enseñanza optativa. ¿Por qué entonces el empecinamiento? ¿Por qué una ceguera que puede resultar suicida? Los casos son muchos, pero alguna regla existe, con sus excepciones siempre inclusive aunque aquí siempre exclusive.

Vuelve a haber, como en todo, partes. Por una primera, la circunstancia de no figurar en el catálogo de unas directrices generales, en este tronco necesario, constituía una dificultad objetiva para introducirse como asignatura obligatoria en los planes finales de las universidades. La suerte parecía echada en el sentido de la optatividad. En un medio académico que aún identifica título profesional con licenciatura y licenciatura con suma de asignaturas, con esta cadena de conexiones; en un contexto laboral además de imagen muy positivizada como es el caso del derecho, el carácter optativo constituye una especie de degradación, una suerte de aleatoriedad, particularmente para unas materias de índole no práctica. Examen no necesario, intercambiable con otra asignatura optativa, significa entonces asignatura indiferente, perfectamente prescindible.

La perspectiva podía provocar temores tan fundados como que la devaluación optativa de la materia histórica comportase congelación de presupuestos y amortización de plazas para historiadores del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho y romanistas (véase la franqueza de Fernado Arvizu en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988). En fin y en suma de esta primera parte, el terreno de la motivación formativa, de la opción estudiantil, que pudiera resultar especialmente adecuado en teoría para unas materias como éstas no es que pareciera ofrecerles por aquí en la práctica mucho cobijo.

Hay también una segunda parte, menos objetiva. No quisiera resultar impertinente, airear miserias, pero algo habrá de decirse. Personalmente no creo en la sinceridad de la mayoría de cuantos se han lanzado a predicar la vocación y virtud formativas de la historia del derecho español y del derecho romano como argumento para defenderse la posición de primer ciclo, con tal diferenciación y con tales identificaciones; las excepciones, aunque no se registren, están salvadas. También existen motivos más o menos solapados, más o menos inconfesables. No hace falta tener la malicia del economista para advertir que la misma posición produce buenas rentas marginales. Supone comodidades y beneficios: menor presión por parte de un alumnado bisoño y mayor relajación para un profesorado avezado, para el eventual mercado de los manuales inclusive.

Tampoco olvidemos para esta segunda parte las dificultades también personales de una reconversión que, entre asignatura troncal básica y asignaturas optativas especializadas o entre asignaturas de cualquier nivel cerradamente españolas y abiertamente europeas, requeriría no sólo una experiencia docente, sino también un rodaje investigador que para muchos profesores y profesoras puede resultar presunción. Incluso los mejores y las mejores se resisten a salir del terreno firme, por pisoteado y trillado, del programa codificado. Y de otros no digamos. Los propósitos que hacen mérito en el concurso no suelen materializarse; tampoco es que hayan por lo común mirado a unos horizontes tan amplios; y una docencia centrada en fuentes no es que prepare para el despegue ni entrene para el vuelo. Con la investidura que presta el concurso, ni una buena disposición, de haber existido, viene a durar mucho. Es la ventaja al fin y al cabo de un régimen funcionarial, que brinda protección contra tempestades coyunturales e inclemencias estructurales del mercado de trabajo. No habrá que renovar ni los manuales. Era el plagio propio, esta adicción. Una ley y unos decretos no iban a quitar el hábito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Así inician el manifiesto suyo a favor de la troncalidad nuestra los profesores de Milán Giulio Vismara, Padoa Schioppa y Di Renzo Villata: « Riteniamo che la *Historia del Derecho de las Instituciones* costituisca materia di fondamentale importanza per la formazione del giurista » (*Reforma de las enseñanzas universitarias*, edición citada). Bien está si no existiera el contrabando de una determinada codificación programática de la *Historia del Derecho Español* que realmente se reclamaba. Porque la historia del derecho interese al derecho, no lo hace automáticamente la historiografía jurídica, aquella historia que en concreto hacemos los historiadores juristas. No olvidemos que, como hemos podido constatar para el contenido del programa e incluso para el significado de la denominación, la historia del derecho a los efectos docentes no es una materia dada, sino una criatura de sus cultivadores. La misma bondad eventual de su investigación no es garantía de valor para su docencia. No lo es cuando se miran unos intereses científicos propios antes que los formativos ajenos. Menos aún lo será cuando el interés es sindical y corporativo. Tal ha sido a mi juicio el caso, nuestro caso.

17. Los historiadores españoles del derecho pueden estar satisfechos. Pasó el susto. Se ha superado el trance. La batalla troncal de la historia jurídica se ha saldado con una victoria plena. Se ha ganado donde se ha librado, en los terrenos de la licenciatura de derecho. En el mismo *Boletin Oficial del Estado* de 20 de noviembre de 1990 pueden verse las directrices de otras licenciaturas. Una de ciencias políticas presenta en primer ciclo la materia troncal de *Historia Política y Social Contemporánea* que puede encomendarse a áreas diversas, como a una de *Historia Contemporánea*, a otra de *Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos* (sic) e incluso a una tercera de *Historia e Instituciones Económicas* (también así), pero no en cambio a la nuestra de *Historia del Derecho y de las Instituciones*. Lo mismísimo ocurre con una licenciatura de sociología. Una general de historia no cuenta para sus troncales con ninguna historia especial, tampoco con la jurídica e institucional. Tales directrices no liquidan todavía definitivamente la presencia de la historia del derecho en estos otros campos, pero nada de ello se computa en todo caso como pérdidas. Para lo malo y para lo bueno, nuestro mundo no es histórico ni político, sino jurídico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

No entro en otros mundos, aunque también nos importen. No complico ahora las cosas interrogándome sobre una licenciatura de ciencias políticas sin un tronco jurídico sólido o sobre otra de historia como finalidad en sí misma, como si también fuera ajena a unas funciones culturales de alcance siempre jurídico, como si toda historia no fuera disciplina; no me pregunto sobre la medida en que tales apartados afectan a la misma licenciatura de derecho que viene soltando estas cargas, librándose de estos compromisos. No cuestiono un panorama de áreas de conocimiento que pueden subsumir la historia del pensamiento político en un cuadro de movimientos sociales o situar por la misma zona una historia económica de identificación institucional. No entro en nada de esto aunque pueda interesar efectivamente al derecho, a su estudio así carencial o también a su cultura así igualmente empobrecida. Permanezco en nuestro terreno de batalla.

Y la batalla se ha dado, dentro de la licenciatura de derecho, a favor del área, no de la materia. Mírese también la cuestión de la historia en el terreno de las otras asignaturas tradicionales de primer curso que solían atenderla. Adviértase la desaparición efectiva de estos anillos de unos troncos. Se desprenden como cortezas. Una historia constitucional no figura como parte de su materia troncal positiva, la de *Derecho Constitucional: La Constitución y el ordenamiento jurídico. Organización constitucional del Estado. Derechos y libertades. Tribunal Constitucional*; una posición debida de primer ciclo y un mínimo explicable de catorce créditos, ciento cuarenta horas totales, no da para la propia historia. Y alguna de la cultura o del pensamiento jurídicos tampoco comparece en el desglosamiento aún mayor de otra materia de primer ciclo, aunque sólo de cuatro créditos o cuarenta horas mínimas, como es la filosófica, la *Teoría del Derecho: El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. La norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho*. Tampoco se considera una pérdida.

Ni tampoco ya hay entraba por vía de sugerencias una vez que la vindicación troncal del área se ha satisfecho. Estas son las recomendaciones finales, que también se las permite, del decreto de directrices de la licenciatura de derecho: « Para completar la forma-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción de los estudiantes se recomienda que las Universidades valoren la inclusión en sus planes de estudios, como materias obligatorias u optativas de: *a*) materias jurídicas complementarias (Derecho Comparado, etc.); *b*) materias del campo de las Ciencias Sociales (Sociologia, etc.); *c*) materias instrumentales (Contabilidad, Informática, etc.) ». Para la comprensión y manejo del ordenamiento jurídico, para nuestra licenciatura, son por lo visto finalmente más interesantes el ábaco y la máquina, unos útiles de inteligencias mecánicas y artificiales, que otras historias jurídicas distintas a la del derecho español y al derecho romano, algún suplemento efectivo de inteligencia propia. Las mayúsculas de respeto son siempre de las citas.

18. Vencidas las troncales, quedan los planes, su elaboración final por cada una de las universidades. Cabrá todavía que se añada alguna otra historia. Con el decreto sólo se trataba de unas directrices generales, que pueden modularse y completarse. Modulación cabe en nuestro caso poca pues la historia del derecho y el derecho romano se incluyen prácticamente como asignaturas. No es sólo que su definición no se desglose mucho, sino también que se asignan de forma independiente como hemos dicho a las áreas respectivas de *Historia del Derecho y de las Instituciones* y de *Derecho Romano*. Los profesores de cada uno de estos campos tendrán de forma separada el encargo de impartir, como asignaturas de derecho, aquellas materias, la *Historia del Derecho Español: Estructuras básicas y evolución del Derecho español* y el *Derecho Romano: El Derecho en Roma y su recepción en Europa*. Aunque alguna parece que de momento se resiste, todas las universidades españolas habrán de tenerlas.

Cabe todavía el complemento, la introducción de otro tipo de asignaturas de historia jurídica, de unas de planta más científica o al menos no tan lastrada, en los planes definitivos. Junto al *Derecho Romano: El Derecho en Roma y su recepción en Europa*, que no responderá a su reclamo, y la *Historia del Derecho Español: Estructuras básicas y evolución del Derecho español*, que lo hará con fidelidad a su modo, no es que quepan maravillas. Con dificultad caben realmente otras asignaturas históricas obligatorias y más dificultosamente aún si es que quieren responder a una concepción distinta. Para evitar el conflicto de la emulación entre asignaturas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

troncales y de la decisión de obligatorias propias, alguna universidad ha optado por el prorrateo de créditos disposibles a este efecto entre las materias del primer carácter, el de la troncalidad, con el premio en suerte para las dos nuestras, con el reforzamiento del peso muerto.

Todavía queda el juego de las optativas. Su margen final, por la disponibilidad de créditos, tampoco es muy amplio, mas puede servir para materias de este tipo. El esfuerzo se está realizando en algunas universidades, planteándose asignaturas históricas de concepción renovada, pero me temo que, tras todo lo dicho, las mismas posibilidades últimas ya se hallan en estado de desvanecimiento. Se resiste el cuadro. Falla el firme. Ya lo veíamos. Si aún queda alguna incertidumbre, habrá de despejarse, no con la publicación de unos planes, sino con su práctica efectiva. Algún plan pionero más optimista ya ha resultado sencillamente inviable. El más innovador para la misma materia histórica del que se ocupa Carlos Petit en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (60, 1990) no cumple simplemente directrices. No es una denuncia. Tampoco yo las respeto, como puede igualmente comprobarse, en *Institución histórica del derecho*, primera parte, para primer ciclo, recién publicada, del *Curso general de historia del derecho* que estoy elaborando junto a Antonio Hespanha, Carlos Petit y Jesús Vallejo.

Digamos, por lo que me toca y si se me concede, que es un caso de objeción de ciencia, especie de la de conciencia. Si se anda contracorriente, no va uno a quejarse de su suerte, a lamentar su desgracia. Ya que se quería troncal la materia de historia del derecho español, quise influir en su identificación más estricta como historia constitucional de España. Lo hize, no mediante *propuestas, observaciones* o *sugerencias* a un consejo de universidades que sólo podían operar en un sentido malamente corporativo, sino con la prueba del pudin, mi *Manual de historia constitucional de España*, de 1989. El fracaso está a la vista. Es doble, triple o incluso cuádruple, según se cuente. Compútense las pérdidas que antes registraba, comenzándose por la de historia constitucional y prosiguiéndose con la de ciencias políticas. Hágase el balance y calcúlese el saldo.

Y hay para este arqueo más descubiertos. El pie forzado de una troncalidad de concepción tradicional, de la posición anterior correspondiente, ya ha constituido un peso muerto para otras alterna-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivas docentes de la historia del derecho en el interior de un mismo plan. Como asignatura obligatoria de especialidad o de segundo ciclo en la licenciatura, sumada a la tradicional de primer curso, ya han existido, antes de la reforma, desde mediados de los años sesenta, otras historias del derecho con un balance bien poco halagüeño. Petit también ha dado cuenta de ello en nuestro *Anuario* (57, 1987). Habiendo participado, puedo expresar mi frustración, seguir sumando fracasos. También la experiencia enseña.

19. Mas queda una cosa. Tenemos todavía la novedad de unos cursos de doctorado, de esta enseñanza de lo más superior. Pues son nuevos, la prueba de la experiencia no va con ellos. Se han regulado tempranamente, por un decreto de 1985 (*Boletin Oficial del Estado* de 16 de febrero), prácticamente simultáneo al de organización de departamentos, anticipándose así tanto a estatutos como a planes de estudio. Con anterioridad en España dichos cursos puede decirse que sólo existían en teoría; el grado doctoral se reducia de hecho a la realización de una tesis; de excepciones ya no hay que decir que no tratamos. Ahora quieren organizarse como un verdadero tercer ciclo de estudios en el que pueda especialmente jugar, aunque no se hubiera esperado a su constitución y funcionamiento, la competencia y coordinación de los departamentos con entrada de otros institutos científicos. Entre sus cursos, habrán de ofrecerlos de metodologia y técnicas de investigación, previsiblemente integrados cuando se trata de áreas como la historia del derecho y el derecho romano.

Pero lo racional sigue sin hacerse real. Si derecho romano e historia del derecho no están en un mismo departamento, la posibilidad ni se plantea; caso de estarlo, aperece entonces el problema de que el derecho romano, pese a su definición histórica actual, sigue sin responder a un concepto de metodología ni a una práctica de ingestigación comunes con la historia del derecho. En términos generales, no es que no asomen iniciativas a estos niveles de doctorado y sobre dichas bases de coordinación de áreas e integración de materias, pero también estamos para todo esto todavía en un punto de incertidumbre. Y vuelvo a decir que no es la teoría de planes y programas publicados, sino la práctica de cursos y estudios, lo que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habrá de sacarnos de ella. Hay proclividad ahora a practicarse más la propaganda que la realización de programas de doctorado.

No falta universidad donde sencillamente se deriva hacia la anterior práctica de reducción de los cursos de doctorado a pura teoría, a mero trámite sobre el papel, siendo además ésta una continuidad favorecida por las mismas prisas del decreto, pero no parece que tal tendencia vaya a resultar la dominante. También hay universidades donde esta corrupción se ha atajado y otras, las nuevas, en las que ha podido arrancarse en serio. El tercer ciclo se ha puesto en marcha, pero aún no se le ve afirmarse como componente esencial, junto a la tesis, de un grado puramente científico y con una docencia sin otras miras profesionales que las universitarias o académicas, las investigadoras y profesorales.

A esto se añade algo, no sé todavía si sintomático. El mismo decreto madrugador de doctorado se extendió a regular unos estudios de postlicenciatura profesionales y no doctorales, los títulos que ordinariamente se dicen de master, los cuales están teniendo ahora más éxito, particularmente económico, que los cursos de doctorado. Hay departamentos universitarios volcados en esto. Para estas ofertas profesionales así introducidas en el mismo nivel superior de la enseñanza universitaria, no parece que vaya a tener mucha demanda desde luego la historia en el derecho, la una en el otro.

En fin y en suma, no parece vislumbrarse de momento una especial reanimación de la actividad docente de unas materias del tipo de la historia del derecho o del derecho romano, o menos todavía de una posible ciencia más integrada entre ambos, tampoco por la vía de unos estudios realmente superiores, los de último ciclo, el tercer grado. Los otros ya están vistos. Es éste a mi juicio el panorama.

*

20. Son éstas a mi entender las conclusiones. Las dificultades resultan síntomas de enfermedad o tal vez incluso de fallecimiento. El ciclo de una historia del derecho como materia docente puede haberse cumplido y estar agotado. Se trata de la representada en España por la *Historia del Derecho Español* y el *Derecho Romano* como de la que representan sin ir más lejos en Italia la *Storia del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diritto Italiano y las *Istituzioni di Diritto Romano*. Cumplieron y agotaron seguramente su función.

Proceden de unos tiempos primeros de nuestro derecho contemporáneo, cuando un sistema nuevo de constitución y codificación, de esta concentración legislativa, aún carecía de fuerza para hacerse valer por sí mismo y no podía reconocerlo. Le convenía y se procuraba la preconstitución cultural de cosas como sujeto estatal, con historiografia nacional, del derecho *Español*, y objeto civil, con derecho *Romano*, con pandectistica; para una cosa y para la otra, podían coadyuvar un derecho *Político* y un derecho *Natural* no positivos, ninguno de ellos. En lo que nos interesa, los programas codificados de *Historia del Derecho Español* y de *Derecho Romano* constituían realmente secuelas de la codificación, partes del ella; podrán todavía entrar en nuestros cursos como un capítulo suyo no sé si menor. Así es como anida la historia en el derecho; así se engendra, nace, nutre, crece y reproduce nuestra materia histórica, el *Español* y el *Romano*, en el vientre, el regazo, los senos, el hogar y los ahogos de la licenciatura jurídica, el *Derecho*. Así tal vez muera.

Puede que, entre historia y derecho, la pasión esté apagada; la ligazón, deshecha. El amor de la una no parece correspondido por el otro a estas alturas. La licenciatura puede que ya no necesite esta disciplina, que no precise de tal preconstitución de un presente mediante la figuración de un pasado. Ahora el derecho se siente con la fuerza que le presta no sólo su propia edad, su propia experiencia, su propia historia, sino también con la que le infunde su misma posición, su misma naturaleza positiva, su misma concepción constitucional. Le vale su éxito. Hoy está por sí mismo mejor fundado. La demanda que había de historia, de aquella historia de sujeto estatal y objeto civil, ya no la hay. A nuestros efectos, por lo que nos interesa, ahora puede resultar perfectamente imaginable entre nosotros una buena licenciatura de derecho sin asignatura específica de historia, con un menú de materias positivas capaces incluso de hacerse cargo de su propia dimensión cultural efectiva, en parte histórica. No es real, pero es pensable.

Si se aprecia crisis del sistema establecido, más visible hoy en Italia que en España, y se experimenta la necesidad de una perspectiva histórica, más sentida también ahora en la primera que en la segunda, la deficiencia no sólo es achacable a unos historiadores

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ensimismados y desentendidos, sino también a unos juristas abstraidos y satisfechos. Entiéndase siempre ahora también en femenino. Ni los unos ni los otros, ni las unas ni las otras, han atendido la historia que interesa al derecho, a su estado actual. De unos o de otros, de unas o de otras, podía haber venido, puede todavía hacerlo. No debe descartarse que esté en mejor posición el jurista positivo, la jurista positiva. Dejemos de presumir que el título doble de historiadores o historiadoras y juristas nos confiere la facultad de producir la historia que hoy importa al derecho. Si se demuestra que, pese a todo, seguimos resultando necesarios, más lo será por la incapacidad de nuestros colegas positivos para dotar de dimensión cultural y lograr perspectiva histórica para sus respectivas materias y para la integridad del ordenamiento que por la conveniencia probada de la distinción de la nuestra.

La incapacidad de momento es más perceptible en nuestro campo, el de los historiadores e historiadoras juristas, el de todos ellos y ellas, incluidos romanistas. Los españoles nos hemos agarrado a la ortopedia de la troncalidad como a un clavo ardiendo. Si no nos abrasamos, es porque ya no hay ni siquiera materia combustible. Estamos en el terreno de la docencia, no en el de la investigación. El interés eventual de la segunda nada dice sobre el valor efectivo de la primera. El problema tampoco se resuelve con la producción de un conocimiento del derecho a través de la historia si el mismo historiador no sabe trasladarlo y traducirlo a la docencia. También puede que lo haga mejor el jurista positivo valiéndose de la investigación ajena para la vertiente histórica y de la posición propia para la integración de perspectivas.

El problema es general del derecho, no particular de la historia. La misma acomodación de la materia histórica requiere, no sólo capacidad del historiador, sino también cultura del jurista, de los profesores y profesoras de una y otra especie. El problema resulta de concepción y organización de la licenciatura sobre unas bases que no sean las del positivismo satisfecho del orden constitucional establecido ni las del culturalismo vindicativo de órdenes jurídicos periclitados; el problema es de formación y habilitación del profesorado entre unas generalidades comunes y unas especialides internas, con posibilidad de que figure como tal todavía la historia. El problema en fin interesa a toda la facultad de derecho; acaba tocando a la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

práctica totalidad de un diseño académico, de una política universitaria, en esta época nuestra de crisis y de cambio.

En España tenemos la reforma. Las universidades españolas ahora estamos con un régimen de personal docente sin habilitación especifica sobre base funcionarial, con la dinámica sociológica que esto genera de degradación en la formación y en la actividad profesorales. Seguimos con un sistema de titulaciones y exámenes que contribuye a esta misma degeneración de la profesión académica. Y nos encontramos con una autonomía institucional que no juega a los efectos competentes y en los momentos decisivos de responsabilidad universitaria, que no puede hacerlo bajo dichas coordenadas menos reformadas. Todo sumado, no se me negará que es un lastre.

Y en la universidad española ahora estamos con una licenciatura de derecho que no ha acabado de decidirse a renovar sus fundamentos, que no ha sabido defender una posición constitucional ante la movida de unos pilares tradicionales sin capacidad ni posibilidad para prestarle ya cimentación, sometidos además a una división en áreas trufada de intereses poco edificantes. Es una licenciatura incapaz de concebir otro lugar, otra función ni otro trato para la historia. Por lo que le respecta no se imagina como fundamental otra cosa que *Historia del Derecho Español* y *Derecho Romano*. Aunque se enquisten, ocupan espacio; aunque se ignoren, están presentes. Son troncales y pesan. Esto añadido, no se me negará que es una carga.

Con todo esto, un profesor, un departamento o una universidad que entiendan, de una parte, que se ha arruinado la docencia de la historia jurídica y, de otra, que esta materia es pieza preciosa de un horizonte cultural para la propia sociedad y para los mismos profesionales juristas, ¿qué pueden hacer? No tengo respuesta. Profesando el derecho y practicando la objeción, puede que la tenga para mí, pero no puedo tenerla para otros y mucho menos para las instituciones. Debo advertirlo.

Si así, con todo esto, resulto testigo único y mi testimonio debe someterse entonces a contraste, cualquiera menos yo tendrá que hacerlo. Es una regla elemental tanto para el derecho como para la historia, doblemente para nosotros, pero la expresión de esta adver-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tencia también me parece obligada. Queda hecha y repetida. La responsabilidad ya dije que es toda mía.

La responsabilidad es de cada profesor y profesora individualmente. No eximen tradiciones corporativas, directrices reglamentarias ni departamentos docentes. Puestos a terminar con advertencias, tampoco olvidemos que, como materia de enseñanza, la historia del derecho es criatura del profesorado. Suyo será su futuro como suyo ha sido su pasado. El presente está en la encrucijada.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

EL SEGUNDO TESTIMONIO

Vergüenza confesaba Bartolomé Clavero al informar de la situación española; vergüenza por una situación no sólo subjetivamente vergonzosa (la desolación personal ante un panorama intelectual que no resulta digno de semejante adjetivo) sino objetiva (lo que se hace y lo que se deja de hacer en historia del derecho en España) e institucionalmente (cómo se llega a la adquisición de los oropeles iushistóricos en la academia española y, sobre todo, cómo se piensa o no se piensa sobre la función de la historia jurídica en tanto que asignatura en Facultades que enseñan Derecho). Ante la incredulidad de los participantes al *incontro*, en su mayoría italianos, Clavero y nuestro Anfitrión me animan a deponer testimonio, recordándome la maxima bíblica (1) de tanta fortuna jurídica (2). De manera que, *simpliciter ab alio ad testimonium invitatus* (Lex Visigothorum 2,4,9, Chindasvinto), por ser propia la causa y por el interés, proclive a la benevolencia, de los congregados en la Sala Luca Giordano florentina acepto la sugerencia y testifico con promesa de decir verdad y sólo verdad.

Mi verdad, claro está. Personal mas no despreciable: se apoya en el ejercicio por más de diez años como profesor ordinario de « Historia del Derecho Español », primero, y de « Historia del Derecho y de las Instituciones », después, en las Universidades de Sevilla y Autónoma de Barcelona, ambas públicas, con experiencia conocida en varios centros académicos y de investigación extranje-

(1) Deuteronomio 17,16 y 19,15; Mateo 18,16; Juan 8,17; Pablo, II a los Corintios 13,1; Pablo, I a Timoteo 5,19; Pablo a los Hebreos 10,28.

(2) Y puede consultarse al respecto, para ilustrar con su ejemplo los sentimientos de Clavero, Ramón Fernandez Espinar, *El principio « Testis unus, testis nullus » en el derecho procesal español*, Madrid, imprenta R. Garcia Blanco, 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ros. Tal experiencia, que suele permitir una valoración enriquecida de la realidad más próxima, se une a la posición periférica de mis dos Universidades para ofrecerme una posición interesante como observador activo del campo histórico-jurídico en España.

Asumiendo esa condición acudí además a Florencia. Observé un grupo nutridísimo de colegas italianos congregados para discutir sobre planes de estudio y proyección académica de nuestra especialidad. Observé, en primer lugar, que el *incontro* era *materialmente posible*, lo que importa ahora destacar más allá del residual saldo de *scontri* entre los participantes del congreso; al fin y al cabo, sabemos ya gracias a Ong que la controversia es una forma muy digna de contar con el Otro (3). Hubo también acuerdo en los términos: se partía como mínimo de la conciencia corporativa, o, al menos, de una realidad institucional que a todos moviliza ante el fenómeno de los concursos nacionales; de ahí la existencia de *escuelas*, de contenido por supuesto no solo académico, y la infraestructura que ofrece una *Società Italiana di Storia del Diritto* con sus miembros y sus congresos (4), a cuyo respecto el observador privilegia sobre todo el término mismo *società*.

Y es que, en segundo lugar, lo de Florencia fue para mí ante todo fue un *fenómeno social*. De las palabras de saludo de Paolo Grossi a las fórmulas de despedidas de Luigi Berlinguer, las jornadas florentinas se presentaron como sucesión de actos sociales, esto es, humanamente plurales e institucionalmente organizados. Por eso fue inevitable que lo que se dijo contara menos que quien lo dijo: se trataba de una asamblea civilizada, es decir, sujeta a reglas precisas y modos de hacer conolidados hace tiempo. La dosificada presencia de viejos maestros (Giulio Vismara, Gian Gualberto Archi) y jóvenes indiscutidos (Mario Sbriccoli, Maurizio Fioravanti), de dignidades académicas (Luigi Berlinguer, Gian Savino Pene Vidari, Andrea Romano) y personalidades comprometidas en la reforma en curso (Antonio Padoa Schioppa), sin olvidar la de las principales sede de formación de candidatos al concurso (el Nápoles de Raffaele Ajello,

(3) Walter J. Ong, *Fighting for Life. Contest, Sexuality, and Consciousness* (1981), Amherst, The University of Massachusetts Press, 1989.

(4) Y productos intelectuales excelentes: Ennio Cortese (a cura di), *La proprietà e le proprietà (Pontignano, 20 settembre-3 ottobre 1985)*, Milano, Giuffrè, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Catania de Manlio Bellomo, el Milanesado de Adriano Cavanna, la Roma de Vincenzo Piano Mortari ...) supuso, con sus esperados momentos de tolerada confrontación (Ajello v. Bellomo), una estratégica ocasión de encuentro en momentos de crisis de la disciplina, que no alteró la presencia residual de algún recién llegado. El público de personas — la actualización de la conciencia de grupo — contó más que el debate de contenidos; el asunto se dio además por resuelto gracias al acervo de prácticas intelectuales y a la estructura del campo según escuelas que ordenadamente acceden a la provisión de las cátedras.

Estas observacions, muy parciales e interesadas, introducen en el sentido que presenta el testimonio actual, pues la situación española resulta, frente a la italiana civilizada, un puro estado de naturaleza. Y adviértase que no se trata de un testimonio de necesario alcance negativo: todos sabemos que la constitución de la sociedad civil impone muchas concesiones; sin ir már lejos, la de la rabiosa libertad natural del hombre asocial. Sabemos también que el máximo de libertad es máximo de inseguridad, pues aquella sociedad no en balde se pacta para garantizar la supervivencia en condiciones de bajo riesgo. De manera que rodeados de riesgos pero disfrutando de libertades nos encontramos los juristas historiadores españoles en nuestro (sc. de cada uno individualmente) estado de naturaleza.

Razono mi testimonio. Extinguida la corporación profesional impulsada por el grupo fundador del *Anuario de Historia del Derecho Español*, carecemos actualmente de una sociedad de historia del derecho. A comienzos de la pasada década, tras acceder a la Dirección General de Universidades en los momentos finales de la extinta Unión de Centro Democrático, José Manuel Pérez-Prendes (Universidad Complutense de Madrid) vivió una ilusión de centralidad que le animó a promover una asociaciación bajo el ilustre nombre de Claudio Sánchez-Albornoz y la inicial presidencia del anciano Manuel Torres; se celebró la reunión constitutiva y alguna posterior, pero fueron muy pocos los que aceptaron la oferta asociativa. A falta de datos sobre la suerte actual de esta institución, se dispone sólo de síntomas poco esperazandores (5).

(5) Una línea de publicaciones de la « Fundación Sánchez-Albornoz », vinculada a la asociación al menos originariamente, parece que se mantiene, pero los volúmenes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Consiguientemente se carece también de congresos y reuniones de la especialidad. La práctica de unas *Semanas de Historia del Derecho Español*, que con gran irregularidad venían celebrándose desde la aparición del mencionado *Anuario*, quiso retomarse también al inicio de los Ochenta: Rafael Gibert, entonces catedrático de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y jubilado luego como profesor de la Complutense, convocó una *Sexta Semana* (1982) que registró un bajísimo índice de asistencia de ordinarios y renunció por principio a publicar actas. Otra ocasión de reunión de juristas historiadores, los *Symposia de historia de la administración* de Alcalá de Henares (Madrid) amparados por el Instituto Nacional de Administración Pública, terminó por aquellas fechas sus actuaciones (6). No han faltado luego los encuentros, pero los más atinentes ni fueron histórico-jurídicos en exclusiva ni, lo que es peor, estuvieron exentos de escándalos. Valga un ejemplo. Entre 1986 y 1988 tuvo lugar un congreso plurianual sobre Cortes de Castilla y León con actas publicadas e inmediato, aunque escuálido, contrapunto en la Cataluña que celebraba por entonces un mítico milenario nacional (7); la génesis complicada de la empresa político-cultural castellano-leonesa, con el cruce de dos iniciativas bien diferentes (Rogelio Pérez-Bustamante, hoy catedrático en la Universidad Complutense, desde el burgalés Instituto de Estudios Castellanos, y Julio Valdeón, catedrático de Historia Medieval de Valladolid, por encargo de las Cortes de Castilla y León), motivó unos delicados compromisos entre organizadores que sin embargo no llegaron a la publicación de todos

---

aparecidos, que son ediciones de la legislación de Alfonso X, han llegado a anunciarse ocultando sin explicaciones el nombre del editor, Gonzalo Martínez Díez, S.J. (Universidad de Valladolid, hoy ya jubilado), de manera que la ruptura del grupo inicial de asociados parece cosa cierta. Algunos datos sobre el intento quedaron recogidos en las páginas del Anuario: vid. « Asociación Española de Historia de Derecho Claudio Sánchez-Albornoz », en *Anuario de Historia del Derecho Español* (= AHDE), 55 (1985), 991-992.

(6) Cfr. *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983.

(7) Cfr. *Les Corts a Catalunya. Actes del Congrés d'història institucional, 28, 29 i 30 d'abril de 1988*, Barcelona, Generalitat de Catalunya-Departament de Cultura, 1991. Como en el caso meseteño, en el catalán la tal ' historia institucional ' resulta antes historia de consumo para instituciones actuales que historiografía desinteresada sobre instituciones préteritas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los trabajos presentados y retribuídos, fallando precisamente juristas historiadores (Gustavo Villapalos, Universidad Complutense; José M. Pérez-Prendes y el mismo Rogelio Pérez-Bustamante) (8).

Las anécdotas se explican por la inexistencia de comunidad científica en España, lo que a su modo también refleja el emblemático *Anuario*. Bajo exclusiva responsabilidad de Alfonso García-Gallo (Universidad Complutense, jubilado en 1981) desde los años Cuarenta, la revista renovó su consejo de redacción en 1984 mediante fórmula que se alteró drásticamente poco después (9); tan seguidas modificaciones hacían previsible el poco éxito de la invitación general en solicitud de trabajos que no faltó con ocasión de los cambios y que en la actualidad, tras varios años de rodaje de la nueva serie, sólo muy discretamente ha sido atendida. Hoy por hoy la mayoría de los ordinarios de historia del derecho no cuenta con el *Anuario* (10), que consigue finalmente publicarse, no sin graves retrasos y oscilaciones de tamaño, gracias a historiadores y juristas académicamente situados en otras latitudes (v. gr. José M. Portillo, Juan Gracía Granero) y a la reiteración de unos pocos nombres, con frecuencia repetidos por secciones varias de la misma anualidad

---

(8) Cfr. *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Actas de la primera etapa del Congreso científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1988, reseñado en AHDE, 58 (1988), 638-652 (Jesús Vallejo), que son páginas censuradas respecto de las circunstancias organizativas que interesan a éstas.

(9) Cfr. Consejo de Dirección, « Al lector », en AHDE 55 (1985), (5)-(9). El consejo de redacción de 1984 se transforma en consejo de dirección tras la dimisión como director del infatigable profesor madrileño en 1985. Dimitieron también José Martínez Gijón (Universidad de Sevilla), miembro de la redacción de 1984, y Ana M. Barrero García (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), secretaria de aquella redacción y estrecha colaboradora de Alfonso García-Gallo. El consejo se redujo a seis miembros y Alicia Fiestas Loza (Universidad Autónoma de Madrid) fue designada para la secretaría. Cuando estas páginas se redactan Fiestas ha presentado ya su dimisión; se anuncian así nuevos cambios en la turbulenta historia contemporánea del Anuario.

(10) Ni siquiera, en la etapa actual de dirección colegiada, todos los miembros de su consejo por lo que hace a la sección principal de « Estudios » (Francisco Tomás y Valiente, Universidad Autónoma de Madrid, mas no se puede olvidar que ha desempeñado hasta 1992 altas responsabilidades en el Tribunal Constitucional; José A. Escudero López, Universidad Complutense). Otras veces los directores hurtan al Anuario sus primicias: Bartolomé CLAVERO, *Propiedad como libertad: declaración primera de derecho*, en ib., *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 159-231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(Bartolomé Clavero, Universidad de Sevilla; Aquilino Iglesia, Universidad de Barcelona; Carlos Petit, Universidad Autónoma de Barcelona). Y llegan a producirse con los escasos originales anécdotas más bien grotescas, colaboraciones forzadas incluídas (11).

Que el *Anuario* no funcione como cauce de encuentro de juristas historiadores españoles, a pesar de los sinceros deseos de sus mejores impulsores (12), puede tener causas que afectan en general a los periódicos similares de otros países y suponen, en resumen, la crisis de los programas fundacionales de unas revistas con tradición (la actitud antiexegética de la *Revue historique*, la tensión entre germanistas y romanistas en la *Savigny-Zeitschrift* ...) que sin embargo no han sabido refundarse para encontrar un nuevo proyecto que aglutine esfuerzos y les otorgue hoy sentido. La peculiaridad española estriba en la difícil viabilidad de la revista como miscelánea de la magra producción nacional, cuando se registra una general deserción de los especialistas agravada por los problemas organizativos. Y el caso es que, frente a la experiencia de Alemania o Italia, no contamos en España con cauces de publicación que resulten alternativos por tratarse de órganos dotados de sentido intelectual propio (13); la sevillana *Historia. Instituciones. Documentos*, en publicación desde 1974, nunca ha perdido su condición heterogénea de revista algo local gestionada mancomunadamente por juristas historiadores, medievalistas y paleógrafos con reducida presencia de

---

(11) Cfr. Emma Falque Rey, *Historia Compostellana. Cvra et stvdio* ... (1988), en AHDE 60 (sic por 61) (1991), 836 (Carlos Petit), nota bibliográfica sobre cuya publicación habrá que tener presente la nota de disculpas del consejo de dirección (Francisco Tomás y Valiente, Jesús Lalinde, José A. Escudero, Benjamín González Alonso, Aquilino Iglesia, Bartolomé Clavero) que se me anuncia para el volumen correspondiente a 1992.

(12) Cfr. Francisco Tomas y Valiente, *Escuelas e historiografía en la historia del derecho español (1960-1985)*, en Paolo Grossi y otros, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio, Firenze-Lucca 22, 25 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 34/35), 1990, I, 11-46, en especial la última, donde el Anuario se ofrece además a los colegas extranjeros; Bartolomé Clavero, *De un derecho, la constitución, y un revés, la Historia*, en AHDE 59 (sic por 60) (1990), 607-632, p. 630.

(13) Destacadamente los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* de Paolo Grossi, tan generosos además con colegas no italianos y singularmente españoles.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los primeros, pero viene al menos funcionando como último recurso al alcance de disidentes (14).

Una medida de incidencia particular en el campo histórico-jurídico se produjo por esos años que presiden la cancelación, definitiva por ahora, de los intentos de organización colectiva en la academia española. La Ley de Reforma Universitaria de 1983 supone el fin de los concursos nacionales y la consiguiente fragmentación por sedes de acceso a la docencia superior. Sin el estímulo de la provisión nacional de plazas desaparecieron las tímidas manifestaciones de voluntad organizativa: un panorama rabiosamente periférico de *reges superiores non recognoscentes*, donde no siempre la cátedra supone el ejercicio de mero y mixto imperio, ha sucedido al momento de centralidad que aportó el sistema anterior de oposiciones. La misma Ley de Reforma, con sus medidas transitorias para consolidación de asistentes, acentuó el proceso multiplicando las plazas disponibles; la política de creación de universidades, duplicadas en número casi de repente, actuó a su vez en la consagración de personajes de cuya formación nada consta. Bajo estas circunstancias, que son las actuales, los ordinarios no suelen estar al día de la identidad de sus colegas de profesión, de manera que falta hasta el presupuesto mínimo para el establecimiento de vínculos de sociedad.

Lo importante, sin embargo, es que ni siquiera se entienden los vínculos deseables. La fragmentación del medio académico impuesta por la Ley de 1983 pudo agravarse en el caso de la academia de historia del derecho precisamente por la desestructuración del campo heredada de la práctica de las legendarias oposiciones de los Setenta, resultando a la postre efímera, aunque no por ello menos

(14) Sirva, con mi testimonio, mi ejemplo: Carlos PETIT, *Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller de jurista historiador*, en *Historia. Instituciones, Documentos* 19 (1992), 327-379, volumen en memoria de Luis Núñez Contreras. Y hay que destacar que la revista actúa como única sede abierta a las reflexiones sobre métodos y contenidos en historia del derecho (de la incomolidad ante las mismas del Anuario ya dan cuenta algunas decisiones admirables: cfr. Carlos PETIT, *El Romano de Pompeyo, o hic sunt leones*, en AHDE 59 (sic por 60) (1990), 563-606, discusión de planes de estudio y orientación de asignaturas misteriosamente publicada como nota de historiografía), lo que ha sabido desde el exterior destacarse: Olivier MOTTE, *Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, Berne, Peter Lang, 1986, p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disolvente, la época en que José M. Pérez-Prendes sustituyó la tradicional posición protagonista de Alfonso García-Gallo en la provisión de la presidencia de tribunales de oposiciones. La total falta de acuerdo sobre el *standard* exigible a las tesis doctorales y el *vademecum* de méritos para obtener plazas no es así novedad, pero ahora resulta aún menos relevante, pues los concursos se resuelven bajo el peso decisivo del centro convocante y según los intereses de sus candidatos.

Todo lo anterior explica que el único intento de presentar el panorama académico español con recurso a un lenguaje conceptual intelegible por colegas extranjeros (las escuelas y la historiografía jurídica en España) arrojase un saldo más bien patético (15). Patético, claro, no por (d)efectos del digno esfuerzo y el *savoir faire* de su autor, tan adecuado en principio para tal género de reflexiones como limitado en la prática por su posición relevante (16), sino sencillamente por la situación vergonzosa — permítaseme una vez más utilizar el adjetivo florentino de Clavero — de partida. Sin los estadíos previos de revistas comunes, asociaciones representativas y congresos de especialidad la actividad de registrar quién produce y cómo se produce historia del derecho en España obligaba en 1989 a mezclar las peras de los autores de manuales y libros ilustres (17) con las manzanas de los no-autores (18), a trazar las líneas genealó-

---

(15) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía* cit.

(16) Lo que ha sabido inteligentemente destacarse: Antonio SERRANO, *Hispania, después de entonces*, en AHDE 59 (sic por 60) (1990), 633-654, pp. 640-641.

(17) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía* cit., pp. 22 y ss. sobre manuales, con mención de Rafael Gibert, Jesús Lalinde, José M. Pérez-Prendes, José Martínez Gijón (más Enrique Gacto, Bartolomé Clavero, José M. García Marín, etc.), José A. Escudero, Aquilino Iglesia y el propio Tomás y Valiente (más Benjamín González Alonso, Salustiano de Dios, María Paz Alonso, etc.). Por lo que hace a los estudios monográficos más destacables del período analizado, Tomás y Valiente recordó con particular intención en su intervención oral las tesis de Bartolomé Clavero sobre el mayorazgo y de José A. Escudero sobre las secretarías de despacho, pero de tal referencia, que con elegancia excluía a discípulos propios, sólo queda impresa mi opinión discordante: cfr. *Hispania* cit., II, p. 991.

(18) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía*, cit., p. 38, donde aparecen Joaquín Cerdá, Juan García González, Gonzalo Martínez Díez, Ismael Sánchez Bella, Mariano Peset y Gustavo Villapalos. Definitivamente fuera de discusión otros ordinarios de la disciplina (Carlos J. Díaz Rementería, Ramón Fernández Espinar,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gicas de « escuelas » que luego, sin excepción, se declaraban inexistentes (19), a la mención, en fin, de aportaciones historiográficas que inmediatamente eran interpretadas como « voces paralelas, cada una sigue su curso y produce sus propios ecos, pero sin que entre nosotros haya en estos últimos veinticinco años una serena y abierta discusión científica que aclare planteamientos, defina presupuestos teóricos, sirva de fundamento para ulteriores ejecuciones de lo teoréticamente postulado y diferencie (¡sin enfrentamientos u hostilidades personales!) a unos de otros » (20). Lo racional sería la existencia de escuelas que *no* se entiendan como grupúsculos académicos de presión (21), pero, a pesar de los deseos del autor y en contra de Hegel, lo único real ofrecido resultaba una enrarecida escena académica a cuyo respecto convenía multiplicar las intenciones pacificadoras, con atención particular, porque parece bien escaso, al respeto debido hacia las personas.

A los efectos del testimonio presente interesa subrayar que la tentativa de aplicar una lógica italiana a la situación española condujo a resultados paradójicos y llamadas al orden de los protagonistas del campo histórico-jurídico que sólo encuentran explicación dando entrada a los conceptos de lucha, división y riesgo, con lo que volvemos al punto de arranque de este testimonio. Formalmente pueden existir listados oficiales, cátedras universitarias y titulaciones que agrupan presuntos colegas en artificial legión, pero en sustancia hasta los esfuerzos descriptivos más decididamente convencionales acaban reconociendo la fragilidad de las simples formas académicas.

Si la invertebración hispana impide aplicar la retórica de la sociedad civil, no cabe otra alternativa que proceder a su descripción

---

Manuel J. Peláez, Rogelio Pérez-Bustamante, Miguel A. González de San Segundo, José Sánchez-Arcilla ...).

(19) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía*, cit., pp. 12 y ss. sobre la (primera) escuela de Hinojosa; pp. 16 y ss. sobre la (segunda) escuela de Hinojosa y la escuela o no-escuela (pp. 19 y ss.) de Alfonso García-Gallo; pp. 25 y ss. sobre la no-escuela de José M. Font Ríus y Jesús Lalinde; pp. 30 y ss. sobre la no-escuela de José Martínez Gijón; pp. 36-37, sobre el « grupo, no sé si escuela, de Salamanca ».

(20) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía* cit., p. 39.

(21) Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía* cit., pp. 11-12 y sobre todo su intervención en el debate: II, pp. 993-994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

según la doctrina sobre el estado de naturaleza (22), aunque, impenitente optimista, me duela la insistencia clásica en sus inconvenientes con olvido interesado (se trataba desde luego de la invención del Soberano) de sus indiscutibles virtudes.

Como es sabido, en tal estado la igualdad inicial del hombre natural engendra la desconfianza entre todos, sin que propiamente quepa, pese a Locke (23), derecho de propiedad (24), pero la situación bélica consiguiente no se limita al ejercicio de hostilidades declaradas (25), sino que supone, y resulta todavía más peligroso, una disposición persistente a luchar en cualquier momento (26). Los efectos de tanta violencia son igualmente conocidos: « in such condition there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no Culture of the Earth; no Navigation, nor use of the commodities that may be imported by Sea; no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such things as require much force; no account of Time; no Arts; no

---

(22) Para lo que sigue, Thomas HOBBES, *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), ed. with an introduction by C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin (Pelican Classics), 1968 y reimpresiones posteriore, singularmente part i, chap, xiii (pp. 183 y ss.).

(23) Cfr. ahora Jeremy WALDROM, *The Right to Private Property* (1988), Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 162 y ss.

(24) Se entretiene en un sonado caso Benjamín GONZALEZ ALONSO, *Renacimiento y miseria de la historia institucional*, en *Revista de Estudios Políticos*, 33 (1983), 169-185: el renacimiento sería la obra original de Salustiano de Dios (Universidad de Salamanca) y la miseria la obra plagiada de José Sánchez-Arcilla (Universidad Complutense). Todos ellos ordinarios.

(25) Recojo, a mi profundo pesar, un ejemplo: José M. PEREZ-PRENDES, *Curso de historia del derecho español, I. Introducción y parte general*, Madrid, Ed. Darro, ^{2}1978, en particular juicios sobre A. García-Gallo en pp. 236-237 (n. 35). La reacción de apoyo a Alfonso García-Gallo provino del Anuario: Fray José LOPEZ ORTIZ, José MALDONADO, Alvaro D'ORS, Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Sobre crítica pseudocientífica*, en AHDE 47 (1977), 913, que motivó respuesta de Pérez-Prendes en la tercera edición de su *Curso*, Madrid, Universidad Complutense, 1983, p. 300 (n. 35), y supresión del *casus belli* a partir de la cuarta, Madrid, Universidad Complutense, 1984, ibd.

(26) Más pesar aún me produce la necesidad de citar, espero que por primera y última vez en mi vida, unos pintorescos *Cuadernos Infomativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación* (director - editor Manuel J. Peláez, Universidad de Málaga), con sus secciones de « réplicas y discusiones doctrinales » y « jubilaciones legales y necrologías », en las que todo es posible.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letters, no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short ».

Creo sinceramente que sobre la base que suministran estas sabias palabras puede ofrecerse la dimensión exacta de cuanto sucede en España. El tiempo, por ejemplo, entre nosotros no cuenta, existiendo en la revolucionada práctica universitaria un principio según el cual la lectura de la tesis doctoral faculta inmediatamente para concursar a plaza de profesor titular (« la » plaza « del » candidato), de la misma forma que el transcurso de tres años, condición legal mínima impuesta a los titulares para optar a plazas de catedrático, funge en la práctica como plazo de prescripción adquisitiva del apetecido fundo de la cátedra. Como las condiciones de formación — *culture*, que decía el clásico — sólo dependen de los escrúpulos individuales y son en el concurso irrelevantes, no hay navegación ni conocimiento de la faz de la tierra ni uso de los artículos intelectuales que pueden ser importados por mar, lo que suele exigir un conocimiento de lenguas que en España así se encuentra institucionalmente dispensado. Sin oportunidad para la industria carecemos, en resumen, de sociedad, de letras y de artes, con el consiguiente peligro de fallecimiento en el momento de celebración del concurso.

Ahora bien, el riesgo de muerte violenta tiene como referente, no se olvide, la más absoluta libertad individual: la guerra natural del hombre contra el hombre contiene « this Right, of doing any thing he liketh » (27). Si la ley fundamental de la naturaleza le lleva a ansiar la paz cuando hay esperanzas de lograrla, supone también que, esperanzas desvanecidas, « he may seek, and use, all helps, and advantages of Warre » (28). Y esta proposición sintetiza muy bien la actitud vital de los juristas historiadores españoles. Aquí se cuenta con quien se quiere y puede, localizándose de acá para allá núcleos de discusión intelectual tan reducidos como cohesionados, vertebrados en su caso en torno a un proyecto de investigación financiado con dineros públicos y también en su caso muy ventajosamente exportables. Cada uno escribe para unos cuantos lectores, que

(27) Thomas Hobbes, *Leviathan* cit., part i, chapt. xiv, p. 190.
(28) Ibd.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

producen a su vez teniendo *in mente* a los sodales que procederán a leerlos, no siempre de la especialidad ni — aún menos — españoles. A veces, lógicamente pocas, se organizan encuentros entre amigos científicos, que suelen ser cuatro gatos, pero no importa, pues de nuevo llegan refuerzos del extranjero (29): grandes matanzas de felinos tampoco es que se conozcan (30). Bajo la consigna hobbesiana del « doing any thing he liketh » el ordinario español no tiene entonces que respetar cortesías académicas impropias de su estado natural: ni circulan demasiado las separatas ni proliferan las invitaciones (31), carentes propiamente de sentido cuando la formación profesional y los intereses intelectuales llegan a ser tan diferentes. Si el azar del concurso reúne nombres dispersos pueden presenciarse, al ser públicas las actuaciones, escenas deplorables con insultos incluídos, pero nadie las toma demasiado en

(29) Puedo testimoniar sobre el último de los seminarios de historia del derecho privado que convoqué (Sitges, Barcelona, mayo de 1992), « Del ius mercatorum al derecho mercantil »: sólo dos participantes españoles (Bartolomé Clavero y Aquilino Iglesia), que constituyen por cierto el núcleo activo de autores del Anuario; los demás ponentes fueron italianos (Vito Piergiovanni, Andrea Romano, Umberto Santarelli, Rodolfo Savelli), norteamericanos (Daniel Coquillette, Richard Hyland, James Rogers), portugueses (António M. Hespanha), franceses (Jean Hilaire), suecos (Claes Peterson) y argentinos (Eduardo Martiré). El público contó también con colegas extranjeros (Angela de Benedictis, Bolonia; Charoula Argyriadis, Friburgo; Marie Sandström, Estocolmo; Cristina Vano y Pasquale Beneduce, Nápoles; Michael Ansaldi, Boston), singularmente Mario Ascheri que supo presidir con eficacia un día de sesiones. Tampoco faltaron colegas universitarios de otras especialidades (Elena Larrauri, Carmen Tort-Martorell y Pompeu Casanovas, Universidad Autónoma de Barcelona; José I. Lacasta, Universidad de Zaragoza) ni estudiantes de Derecho (Sergi Asensi, Alex Bas, Alfons Aragoneses, Margarita Redondo, Montserrat Mata y otros). Así y sólo así se realizan encuentros profesionales en España.

(30) Robert DARNTON, *The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History* (1984), New York, Vintage Books, 1985.

(31) Aunque debo advertir que, guiado siempre por Hobbes, en el caso referido en la nota 29 procuré atenerme a la octava ley de la naturaleza, prohibitiva de expresiones, por gestos y palabras, que manifiesten odio hacia los demás (cfr. *Leviathan* cit., part i, chapt. 15, p. 211). Cursé en efecto invitaciones genéricas a todas las sedes e incluso específicas a determinadas personas (algunas teóricamente interesadas en la actividad, dada la línea de sus trabajos: Santos Coronas, Universidad de Oviedo); es importante aclarar, pues sirve para describir las relaciones existentes, que muy pocos acusaron recibo y excusaron su presencia (« el grupo, no sé si escuela, de Salamanca », que decía Tomás y Valiente).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuenta, pues ofrecen la nota anecdótica poco menos que esperada en el folklore nacional de las oposiciones. Así las cosas en España, debo reconocer que se hace muy dificil en ocasiones respetar la novena ley de la naturaleza (32).

Con los problemas ciertos que se derivan del rabioso individualismo, el estado natural encierra en el peligro la mayor de sus grandezas. Si todo vale, junto a las grandes mediocridades encontraremos y encontramos las mayores personalidades del intelecto. Hay desde luego un puñado de nombres que suenan en el exterior y en el exterior contribuyen a ofrecer una imagen demasiado positiva de la realidad profesional española (33); *demasiado*, pues se olvida que una inmensa mayoría permanece cómodamente instalada en sus cátedras sin que importen los rendimientos. Se opina también que la proliferación de manuales en España es síntoma de una vivacidad intelectual en contraste con la discreción italiana, pero llega a perderse la dimensión exclusivamente nutricia de muchos de estos textos, cuya utilización docente se cotiza al alza como moneda de cambio — hasta la Ilustración tuvo su negocio (34) — en el concurrido mercado de las cátedras (35).

Los tales manuales presentan sin embargo una sintonía de estructura asombrosamente civilizada. Responden sin originalidad a un mismo patrón cronológico (de la Dama de Elche al Código civil),

---

(32) Thomas Hobbes, *Leviathan* cit., part i, chapt. 15, p. 211: « That every man acknowledge other for his Equall by Nature. The breach of this Precept is Pride ».

(33) Y debe recordarse de nuevo Paolo Grossi y otros, *Hispania* cit., pues allí aparecen algunos de estos grandes nombres. Por ser privilegio del testigo negarse a declarar en su contra, dejo al lector curioso la tarea de identificar, actas en la mano, las personalidades que ahora silencio, pero cfr. Paolo Cappellini, *Le Spagne del diritto*, en *Rivista di storia del diritto italiano*, 52 (1989), 505-517, con el irónico poema de A. Parronchi de p. 505 que debe aplicarse por supuesto *ab extra* (una *Spagna* sustancialmente ignota, pues de su cuadro en Italia sólo consta la parte alta), pero también intramuros del *incontro* (un más limitado cuadro que siendo parte alta todo él tiene también sus altos y sus bajos). Pintó desde luego novilladas, pero ¿hará falta recordar a Cappellini que el mejor goya está en la Quinta del Sordo?

(34) Robert Darnton, *The Business of Enleightenment. A Publishing History of the Encyclopédie, 1785-1800*, Cambridge (Mass) etc., Harvard University Press, 1979.

(35) José A. Escudero Lopez, *Curso de historia del derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid 1985 con ediciones posteriores, a cargo y beneficio del autor-empresario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de contenido (una *historia fontium* con alguna apertura a las llamadas « instituciones político-administrativas ») y filosófico (el absolutismo jurídico de la experiencia contemporánea), de manera que, tras el pionero esfuerzo de Galo Sánchez, que se remonta a los años Veinte, aún se encuentra en el telar un curso histórico-jurídico de orientación diferente (36). Los hombres-lobo naturales resultan más bien ovejas cuando andan en juego, o fuera de juego como precisaba Clavero, unas cosas de comer, unas raciones de sopa de letras (Administración, España, Estado, Derecho), donde predominan las mayúsculas.

Ni el rebaño es sociedad civil (37) ni puede extrañarnos ya la proclividad al travestismo que demuestran los lobos (38). Tampoco confundamos Hespanha con España. Sociedad puede haber hasta en los mismos infiernos (39). Tal vez en ellos estemos, mas excede a mis pocas fuerzas testificar, precisamente en Florencia, sobre el círculo que ocupa la historia del derecho.

---

(36) Ya ha sido publicado provisionalmente su avance: Bartolomé CLAVERO, *Institución histórica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992, parte primera de un *Curso general de historia del derecho* que reúne además como autores a António Hespanha, Carlos Petit y Jesús Vallejo.

(37) Cfr. John A. MARINO, *Pastoral Economics in the Kingdom of Naples*, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press, 1988.

(38) Robert DARNTON, *The Great Cat Massacre* cit., pp. 9 y ss.

(39) Thomas HOBBES, *Leviathan*, part iv, « Of the Kingdome of Darknesse », pp. 627 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI BERLINGUER

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Desidero premettere a questo mio intervento, che Paolo Grossi ha voluto fosse « conclusivo », le mie giustificazioni per la inevitabile sommarietà delle argomentazioni e per la difficoltà oggettiva di portare a sintesi il ricco ed appassionato dibattito di questi due giorni. Ne chiedo scusa ai convenuti ed ai lettori. Le relazioni e la discussione confermano ampiamente la validità e la tempestività dell'iniziativa, che investe il problema cruciale del rilievo e dello spazio che la storia giuridica ha nelle facoltà di giurisprudenza, nella formazione dei laureati, nella ricerca. Spetta a noi storici del diritto, primi fra tutti, affrontare una problematica così complessa; e saremmo irresponsabili se non lo facessimo, a fronte di preoccupanti equilibri e linee di tendenza praticistiche e professionalizzanti presenti nelle facoltà. Niente di nuovo: il dilemma centrale della storia moderna delle università è da tempo: « cultura o professione? », ed è stato risolto sempre a favore della prima. Fiumi di discussioni occupano le fonti, ma saggezza ha voluto che la formazione giuridica si sia fondata finora su una preparazione di base.

Oltre che da un'esigenza esterna ed accademica, quindi, il nostro incontro di studio nasce da una motivazione assai più remota e profonda, di natura prima di tutto culturale ed epistemologica, oltre che di responsabilità didattica, che sono i temi emersi in questo dibattito: una ricerca attuale ed aggiornata di identità, in una fase di cambiamento così radicale come quella che stiamo vivendo.

Proprio per questo l'iniziativa era doverosa, come ci hanno detto per primi i vigentisti, i giuristi positivi, che si sono proposti qui sinteticamente il tema di dove vada e che cosa sia il diritto, evitando di proposito di ridurre l'ampiezza angosciosa della domanda. Ce lo ha ripetuto oggi Scudiero nei suoi brevi *flashes*, ricordando la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profonda crisi di legalità che caratterizza la vita politica e sociale del nostro paese; si è perfino fatto allusione a intere regioni italiane in cui convivono ordinamenti giuridici paralleli a quelli statali (per usare una lontana formulazione di Pigliaru); si è richiamato il crollo della certezza del diritto come garanzia della sopravvivenza di una società regolata, che poi si riflette anche in una difficoltà di certezza non solo della norma ma della scienza giuridica, della nostra e delle discipline giuridiche in generale.

Ma non mi pare che si tratti esattamente di crisi di legalità. Sia pure con una qualche riluttanza per la necessaria sommarietà con cui è necessario affrontare in questa sede una tematica di tale rilevanza ed ampiezza, non posso non richiamare l'attenzione sul fatto che il richiamo alla legalità rischia di essere datato, perché rischia di evocarne il concetto riferito allo stato liberale ottocentesco. Il fenomeno è in effetti di natura ormai assai diversa: si tratta di crisi epocale di forme anche consolidate della disciplina della convivenza sociale. Gli stessi strumenti tradizionali della democrazia e della partecipazione, del Parlamento, dell'Amministrazione si rivelano inadeguati; certamente l'idea di Stato non risponde più nè alle dimensioni nè alle formule che l'età moderna e da ultimo l'Ottocento ci hanno consegnato. Sono mutati profondamente gli attori sociali (le classi, i corpi, le strutture sociali del lavoro, il ceto politico), come pure gli ambiti geografici e le rispettive dimensioni territoriali dell'economia e della politica. Ne è derivata una ristrutturazione complessiva dell'organizzazione sociale, delle sue regole, della disciplina teorica che le alimenta.

Il processo assume fra l'altro una direzione nel senso della destatualizzazione e della destrutturazione, mettendo ormai in discussione sia il modello organizzativo « ministeriale » (vertice burocratico, esercito, bandiera, moneta unici, ad esempio) sia lo spirito di appartenenza ed il cemento ideologico generale. Tocqueville parlò per primo di questi fenomeni. Le società cercano pertanto assetti diversi, assi più ridotti, per identificare più direttamente uno spirito di appartenenza in un microcosmo subnazionale più intelleggibile; e insieme assetti più ampi, superstatuali e supernazionali, a causa delle esigenze della struttura economica e della natura della comunicazione, innanzitutto (come ci ha spiegato Dahrendorf). Del resto, il progressivo restringersi delle percentuali della partecipazione elet-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

torale ed il ripetersi del ricorso a strumenti referendari o a forme di leaderismo riflettono una crisi della rappresentanza di origine liberale, dei ceti politici in quanto tali e della loro credibilità, a fronte di un incalzare delle strutturazioni corporatiste degli interessi rappresentati.

Il dilagare delle varie supplenze testimonia questa crisi di assetto: la supplenza giudiziaria, quella amministrativa, quella dei corpi organizzati incalzano la crisi della democrazia tradizionale, moltiplicano i centri di decisione proprio a causa della complessità sociale, e provocano in tal modo la crisi allo strumento « legge ». Credo che sia da intendersi in tal modo la « crisi di legalità ». D'altro canto, in campo più strettamente giuridico il ricorso a mediazioni sostanziali e processuali, alternative a quelle tradizionali ed istituzionali, ha favorito un processo di « deformalizzazione » e di « delegalizzazione », come è stato definito da recenti dottrine, che indica una palese tendenza a ridefinire il quadro delle regole e delle *authorities* cui sono demandate le funzioni di disciplina e composizione dei conflitti sociali.

A preconizzare nuovi assetti è giunta quella che considero una delle idee più geniali della cultura politico-istituzionale di questo tempo: l'idea di « Comunità » Europea, che definisce un assetto non statuale e tuttavia istituzionalmente pregnante, per tipologia, fondamenti culturali e di tradizione, ma anche per concretezza ed efficacia normativa ed organizzativo-burocratica. La « Comunità » come espressione tecnico-istituzionale pare cogliere le tendenze più moderne del superamento dell'idea di Stato, e forse postula forme diverse di partecipazione, di democrazia, con strutture più leggere ed « autonomistiche » (il termine forse non esprime più le varie tendenze micro-neo-nazionalistiche del momento) rispetto a quelle che abbiamo finora conosciute. Al di là delle degenerazioni patologiche, spesso gravissime, la crisi della legalità di cui si è parlato anche nel nostro dibattito va ricercata — io penso — in fenomeni ben più profondi, quindi, di inattualità/inadeguatezza del tipo di legalità del passato. La degenerazione dello stesso principio di legalità, da strumento garantista e di espressione della volontà generale trasformatosi in patologia legalistico-formalistica, che in Italia ha paralizzato l'Amministrazione e non ne ha evitato la corruzione, è anch'essa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segno dei tempi. Il diritto non può che essere anche forma; il formalismo ne è oggi tuttavia l'epifenomeno.

Non voglio con questo esser frainteso. Sia pure con cautela e realismo storico difendo però, energicamente, la democrazia politica rispetto sia ad ipotesi di evoluzionismo metapolitico perché metalegislativo, risuonate qui in queste giornate, sia ad un ritorno nostalgico ad ideologie della società civile come regno della libertà e della giustizia, proprio perché esse trascurano il sempre incombente rischio della società leonina, dell'inevitabile regno del più forte e della sopraffazione. *Homo homini lupus*: c'è a suo modo un garantismo anche in Hobbes, non solo in Locke. La critica dell'invadenza partitica o dell'iperpoliticismo, in assoluto legittima, non può tuttavia significare negazione della norma come atto normativo prodotto dal potere democratico, della legge nella sua versione storica attuale, e cioè della democrazia politica, della politica essa stessa.

Occorrono punti certi di riferimento, e insieme grande apertura nell'osservazione dei fenomeni storici più nuovi e profondi: è così che la nostra ricerca di identità storiografica può procedere coraggiosamente, tenendo presenti le motivazioni scientifiche e le mete formative concrete che ci competono. Va aggiunto infatti che la società di oggi non relega più l'operatore della regolamentazione e della normazione in poche categorie professionali tradizionali, come potevano essere le professioni forensi di un tempo. Esiste ormai uno stuolo di operatori, che ogni giorno fanno i conti con le forme più diverse prodotte dalle fonti più diverse: essi abbisognano totalmente o parzialmente di preparazione giuridica, vivendo nei gangli e nelle pieghe della società e delle diverse istituzioni ed operando nei numerosi centri di decisione e di esecuzione-gestione.

Poiché dobbiamo rivolgerci a tutti costoro, formarli o contribuire a formarli, e studiare i fenomeni che essi producono o interpretano, è certo che dobbiamo interrogarci anche su di noi, su ciò che siamo e su ciò che possiamo offrire. Mi pare consolante che in questo incontro di studio gli storici del diritto siano stati invitati e giustificati dagli stessi vigentisti ad aiutare lo stesso diritto ad *essere*, non solo ad essere capito. È una formulazione assai impegnativa, che ci carica di enorme responsabilità culturale. Paolo Grossi ha parlato in questa sede di « fondazione scientifica del diritto », creando quasi un ponte ideale con i giuristi qui convenuti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La motivazione di questo ruolo così rilevante sta innanzitutto nella stagione storica presente, che in questo momento ci fa sentire protagonisti di storia, di grande storia, di mutamenti epocali: la fase di cambiamento che viviamo è così radicale e profonda che sentiamo la storia farsi quotidianamente, incedere nella demolizione del vecchio e nella confusa costruzione di altro con rapidità ed assolutezza inedite. Si deve a questi mutamenti se la metodologia e la cultura storiografiche vengono erette a scienze portanti, capaci di fornire le chiavi ermeneutiche dell'attuale divenire, che fonda sulla conoscenza diacronica le basi della costruzione teorica presente. Quadro concettuale, istituti, categorie — sconvolti dal mutamento — necessitano di riflessione sui processi dinamici (il presente diviene subito passato, il passato si fa futuro) per rifondare le categorie stesse, poiché sono questi stessi processi che rendono oggettivamente insufficiente il solo approccio logico-dogmatico. In altri momenti la disciplina storica è stata considerata ausiliaria della conoscenza del presente: il nostro attuale rifiuto della ausiliarità, e quindi della condizione ancillare del rapporto storia-diritto, è del resto fatto proprio con sapienza e — lo ringraziamo per questo — svolto meglio di me da Gustavo Zagrebelsky, che ne motiva efficacemente il necessario superamento.

Invoco per tutti noi la qualifica di giuristi. Gli storici del diritto sono giuristi. E tuttavia invoco insieme autonomia e dignità epistemologica propri allo stesso storico del diritto, per ragioni innanzitutto scientifiche ma anche funzionali. Siamo una figura complessa, una specie di unicorno, una bestia cioè che non esiste in natura, perché finiamo per essere nè soltanto giuristi nè soltanto storici generali. I nostri strumenti professionali sono tuttavia quelli del *métier de l'historien* (ha detto bene Paolo Grossi), la nostra professione richiede innanzitutto il dominio di fonti di età diverse dalla contemporanea, ed il possesso di metodologie critico-filologiche a questo collegate. Non ritengo che lo studioso del diritto vigente automaticamente possegga questi strumenti, che ha tutto il diritto di darsi, ma che appunto non possiede per il solo fatto di esser giurista, assorbito com'è da altro compito e metodo scientifici.

E, in effetti, molti colleghi hanno rilevato e rilevano la natura non storiografica di molte « introduzioni storiche » premesse a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trattazioni logico-dogmatiche, proprio a causa della radicale differenza dell'approccio e della strumentazione scientifica.

Dominio critico-filologico delle fonti ed aspirazioni (ahimé spesso fallaci) di obiettività storica nella ricostruzione dei fenomeni sono infatti strumenti ermeneutici specifici di uno statuto epistemologico che è tutto nostro, al quale non ci è consentito di rinunciare, se vogliamo esistere scientificamente.

Ascarelli, Mortati, Gorla, Giannini, Cassese, Rodotà, Allegretti, Neppi Modona, Cordero, Ferraioli e molti altri ancora ... quanti studiosi-non storici di professione hanno sentito l'esigenza di comprendere il passato per spiegare il presente. Convengo di nuovo con le osservazioni critiche di Paolo Grossi a proposito del metodo storiografico; ma il fenomeno esiste, è insistente e ne va colto il senso vero. Non posso non rilevare cioè che queste esigenze culturali testimoniano un bisogno profondo ed incomprimibile di storia, che noi dobbiamo cogliere positivamente, dandogli risposta efficace e coltivando il dialogo con giuristi e filosofi proprio sul terreno di quello stesso bisogno di conoscenza storica.

Forse tutto questo ci ripropone più accuratamente l'interrogativo che ha dato vita a queste giornate: perché e come ci interroghiamo sulla nostra funzione? Anche qui sono costretto a procedere per affermazioni sommarie: sono molto d'accordo con Caroni nel rifiutare assolutamente qualunque ritorno neopandettistico, non solo perché improponibile in concreto ma anche per un mio rifiuto di ogni forma di evoluzionismo naturalistico. Questo infatti, come ho già detto, non è in grado di comprendere e registrare i drammi di una società « spontanea », attraversata da eccessi di supplenza, che vagheggia così un ritorno assolutamente metastorico alla società del diritto comune ed ignora tutte le implicazioni del rapporto attuale fra pubblico-privato, fra intervento pubblico moderatore o di sostegno e dinamica sociale, e nega in fondo la necessità regolatrice della politica.

La storia è sempre un insieme di storia sociale e politica: la storia del diritto deve registrare unitamente entrambi questi fenomeni che si fanno norma e cultura giuridica, proprio perché la società è sempre insieme società civile e società politica, e mai solo una delle due, isolata e unilaterale. Se vogliamo avere funzione formativa vera, nel nostro magistero dell'insegnamento, non sarà possibile estra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niarsi dai grandi problemi storici che la storia del diritto ci ripropone costantemente, nei quali affonda il processo storico dei diversi sistemi giuridici che ci conduce fino ad oggi. I temi dell'esperienza giuridica (per stare con Capograssi) sono oggetto di grande curiosità ed interesse culturale dei giovani, e noi dobbiamo invogliare questi giovani a studiare e possedere le linee essenziali del fenomeno giuridico, sia pure nei suoi diversi aspetti che la nostra scienza storiografica ha esaminato. Anche per questo dobbiamo essere storici che siano a loro volta giuristi, che conoscano e dominino le fondamenta del fenomeno di cui studiamo la storia.

Forse è anche così che possiamo avere una funzione costitutiva, e quindi non ausiliaria, come è stata invocata da parecchi colleghi oggi, innanzitutto per quello che Paolo Grossi ha chiamato il « salvataggio scientifico del diritto », decisamente contribuendo alla conoscenza scientifica del diritto. Ricordavo che ce lo hanno raccomandato Natalino Irti e Gustavo Zagrebelsky, chiedendoci esplicitamente di contribuire al diritto in quanto tale. Ripeto che questo è particolarmente vero in una fase di forte mobilità storica: è possibile aiutare a costruire il diritto perché ora tutto si muove, e quindi il fenomeno si storicizza quasi da sè, anche nel presente.

In verità io rivendico una funzione storico-giuridica anche nelle fasi di maggiore stabilità e staticità del diritto, poiché — come Caroni ed altri hanno detto — la ragione intrinseca del nostro statuto epistemologico sta nel fatto che il tempo è elemento costitutivo del diritto. A dispetto di una concezione che ha dipinto il diritto come intrinsecamente conservatore perché necessitato a fissare una realtà, a registrarla quando è compiuta e pertanto a conservarla come tale, esaltandone l'elemento garantistico della certezza, vorrei ribadire che accanto a questi indubitabili fattori il tempo, e cioè la storicità, ne costituiscono il contemperamento efficace e — oserei dire — la salvezza. Ciò non significa evoluzionismo, che in diritto sarebbe oggi negazione di storia e logica; tuttavia poiché i giuristi non sono un corpo estraneo e puramente ermeneutico dei fenomeni sociali, esterno al complessivo processo evolutivo, il problema vero sta proprio nel rapporto tra diritto e tempo.

Qui sta la fondazione teorica della nostra ineliminabile funzione costitutiva. Per comprenderla e spiegarla, tra l'altro, ci può soccor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rere utilmente anche un esempio particolare, ma del massimo interesse e certamente significativo, quale è il processo di convergenza tra il diritto europeo continentale ed il *common law*. Dopo secoli di diversità e lontananza i due sistemi sembrano avvicinarsi e trovare qualcosa in comune. Il mondo anglosassone ed il sistema di *common law* riscoprono la legge, ed il ritorno legislativo in quei paesi in qualche misura contiene il diritto casistico e la natura fondante della pratica giurisprudenziale; mentre da noi in Italia, per converso, a fianco ai fenomeni di decodificazione, di rilevantissima frammentazione delle oltre 700.000 leggi vigenti, e quindi parallelamente alla crisi oggettiva del sistema di diritto codificato assistiamo alla moltiplicazione dei centri di normazione oltre che di decisione, e ad una supplenza normativa della magistratura e di altre istituzioni. Si tratta di processi complessi e niente affatto lineari, coi quali chi diventerà giurista, operatore giuridico in un mercato del lavoro in totale evoluzione e integrazione europea, dovrà fare i conti. Presto il diritto nazionale non sarà più sufficiente per le professioni forensi, ed il futuro giurista dovrà dominare prima di tutto la convivenza attiva e insieme i processi di convergenza dei due grandi e un tempo lontani sistemi giuridici europei, quello codificato e quello di *common law*. Soltanto lo studio, la conoscenza e l'esperienza storica consentiranno ai nostri laureati di dominare i fenomeni e di comprendere e apprendere il senso vero di ciò che avviene nel mondo del diritto, di adeguare costantemente la propria preparazione giuridica e professionale, di dominare ciò che oggi si definisce ad esempio il diritto comune europeo.

Ho richiamato solo un esempio, per quanto significativo, certamente estensibile concettualmente al complesso del diritto. Nel passato è stata usata la categoria teorica del tempo storico e della sua vischiosità, utilizzando Hegel per cogliere la differenza di accelerazione nella evoluzioni dei fenomeni sociali; ma tutto converge comunque a sottolineare il fattore tempo come elemento costitutivo del diritto e quindi a riproporre la storicità come sua componente ineliminabile.

A questo punto è ovvio che una tale pregnanza della funzione costitutiva della storia presuppone un'attività storiografica all'altezza di questa funzione. La condizione di tutto ciò risiede — lo ha ricordato ieri Mario Sbriccoli — nell'integralità dell'approccio sto-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riografico. Le singole ricerche, naturalmente, seguiranno la vocazione e gli interessi scientifici dello studioso. La libertà di ricerca è l'anima stessa della scienza, né è questa la sede per un'analisi di questa natura. Del resto, uno studioso può preferire di studiare un grande giurista, o lavorare sulla giurisprudenza, su un istituto, sulla legislazione. Resta tuttavia il fatto che il risultato storiografico complessivo nella ricerca e nell'insegnamento — se vuol avere il carattere fondativo qui richiamato — non può che essere quello dell'integralità, che significa effettualità dell'analisi storica, esame del fenomeno giuridico nel suo complesso, come prodotto di fattori convergenti quali la legislazione, la scienza, gli istituti, la giurisprudenza, la prassi, l'attuazione e l'implementazione ed i loro effetti sull'emergere ed il consolidarsi dei sistemi giuridici.

Penso alla mia esperienza di studi di storia penale. La ricerca sui fenomeni criminali non può essere condotta solo su fonti normative o giudiziarie, visto il rilievo che ha in materia il dato extragiudiziale, la corposità di tanti fatti giuridici che sfuggono alla giudizialità, spesso erroneamente assunta come elemento dominante del proprio studio: la ricerca non può limitarsi a quelle fonti, perché si rischia di perdere in sostanza la ricchezza di altri consistenti dati storici che l'unilateralità dell'approccio non riesce a cogliere.

In altri termini, dopo Santi Romano sarà difficile sfuggire alla dimensione *ordinamentale* della storia del diritto; e dopo Luhman alla sua natura *sistemica*. Ciò va ovviamente fatto in ambito quantomeno europeo. Forse è giunto il momento — come è stato sostenuto in questi giorni — di abbandonare la vecchia definizione di Storia del diritto *italiano*, adatta ideologicamente ad una funzione risorgimentale di fondazione storica delle proprie radici nazionali, ma impropria, ingiustificata e scientificamente discutibile oggi nella sua diacronia verso epoche in cui era improprio parlare d'Italia. La denominazione nazionalista è datata, ormai obsoleta e in buona misura abbandonata, specie nell'uso che se ne fa concretamente nel nostro lavoro quotidiano. Si parla sempre più di storia del diritto *tout court*, e l'eventuale specificazione si riferisce semmai alla distinzione cronologica (e solo parzialmente spaziale) fra epoca medievale ed epoca moderna, fra sistema di diritto comune classico, di tardo diritto comune e di diritto codificato, o di *common law*: non sembra che ci si limiti più al diritto « italiano ». Per questi motivi è maturo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ormai un mutamento anche formale della denominazione generale della disciplina, la soppressione decisa dell'aggettivo « italiano »: a me pare di poter affermare che il nostro convegno odierno possa ufficializzare una tale proposta perché sia adottata una decisione formale in proposito.

Più complessa è invece la questione dell'unità diacronica (o meno) della disciplina. Essa era inesistente in passato, grazie all'assoluta prevalenza se non unicità dell'ambito medievale degli studi e dell'insegnamento. Il diffondersi di una domanda culturale cresciuta fra gli studenti e nelle facoltà giuridiche anche per epoche meno risalenti, e l'affermarsi di un filone di studi sempre più ampio sul tardo diritto comune, sulle codificazioni, sull'epoca contemporanea, hanno invece prospettato già da qualche tempo i problemi della convivenza in un unico corso di un arco temporale così vasto e di specialismi in qualche misura differenti.

Le soluzioni concrete adottate dalle facoltà giuridiche in tema di insegnamento storico sono state diverse fra loro. A provocarle è stato appunto il divaricarsi temporale degli interessi scientifici di tutti noi e l'articolarsi al nostro interno, in molti casi, di specialismi, di competenze, di sensibilità, di vocazioni che si sono venute configurando non solo cronologicamente differenti. Niente di più legittimo e spesso giustificato dalla natura oggettiva degli strumenti ermeneutici.

Il problema si complica però quando si trasferiscono le particolarità dell'interesse scientifico all'organizzazione didattica. E infatti le soluzioni adottate dalle facoltà oscillano dai corsi in cui si è conservata l'unità disciplinare sovratemporale, allo sdoppiamento della biennalità in corsi annuali distinti per epoche diverse, o al ricorso delle materie facoltative per integrare anche l'orizzonte cronologico. È stata una fase che considero inevitabile ma transitoria, e molto opportunamente questo dibattito l'ha riproposta al nostro esame per un bilancio e per il tentativo di assumere un orientamento comune in materia. Non dimentichiamo che è all'ordine del giorno la revisione dell'ordinamento didattico della laurea in giurisprudenza, che è al lavoro la commissione Roversi Monaco, che esiste una proposta della Conferenza dei Rettori e della Conferenza dei Presidi giuristi per la preparazione post-lauream alle professioni forensi, e che tutto ciò confluirà in una decisione CUN sull'ordinamento disciplinare che riguarderà anche le nostre materie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E qui, appunto, si pone la questione più delicata che vorrei sollevare in questa sede prima di pronunciarmi sull'unità temporale del corso di Storia del diritto. C'è un grave difetto nelle procedure e negli organi cui è demandata la approvazione degli ordinamenti didattici nel nostro Paese, ed è rappresentato a mio avviso dall'unilateralità dell'approccio. In altri termini, chi decide in proposito è in genere la comunità degli studiosi, e solo essa. Ciò avviene, certo, con un itinerario cosparso di contrappesi e adeguatamente dialettizzato, ma sempre all'interno del corpo degli studiosi: nelle commissioni di studio costituite dai ministri o da altri organi, nelle facoltà, al CUN, ma sempre fra professori. Interessi culturali e sociali esterni non sono quasi mai presenti, e quando lo sono le forme e la qualità del loro apporto sono state deludenti. Anche questo è un nodo costante della storia moderna delle università: nell'Ottocento è prevalso che « l'ordine degli studi » dovesse essere stabilito dai « dotti », che ben sapevano di statuti disciplinari e di scienza. La materia non poteva esser certo assegnata al governo politico, ma restava parte della competenza del « governo dei dotti ». Alcune cose sono mutate da allora, ma nel campo degli ordinamenti didattici l'impianto è rimasto sostanzialmente lo stesso.

Tuttavia, non mi pare trascurabile il fatto che la preparazione dei laureati alla vita ed al lavoro non può prescindere dall'ineludibile proiezione sociale della loro professione, e quindi dalle esigenze esterne che essa deve soddisfare. Chi può valutare queste esigenze? Chi è in grado di valutare la domanda sociale, di conoscere la struttura oggettiva del mercato del lavoro? Mi rendo conto della delicatezza del problema che sollevo e dei rischi che esso comporta, a cominciare dall'appiattimento della preparazione universitaria sulle esigenze contingenti del mercato, sulle richieste professionalizzanti dal fiato corto di vari ambienti del mondo del lavoro. Il problema esiste. D'altro canto, non può trascurarsi per converso che gli studenti studiano per conseguire una preparazione da spendere nel lavoro, nella professione, e pertanto si rende necessario valutare la natura della vita professionale, le esigenze non solo specifiche di conoscenza a questa funzionali. Sono ricorrenti i dibattiti sulle carenze culturali e specifiche della preparazione dei magistrati o dei funzionari delle amministrazioni pubbliche: essi non hanno mai imputato tali carenze all'eccesso di preparazione teorica, ma all'as-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza di preparazione in campi disciplinari complementari e necessari per l'esercizio dell'attività professionale, in materia giuridica o socio-economica, ad esempio.

L'esperienza anche recente dimostra che una decisione in tema di ordinamenti didattici affidata soltanto a chi fa esclusivamente ricerca ed in particolare ai cultori degli stessi corsi di laurea, ha dato risultati troppo spesso segnati dagli interessi disciplinari prevalenti. Non sempre l'interesse « oggettivo » della preparazione dei laureati ha determinato le scelte. Né la dialettica disciplinare fra studiosi delle varie articolazioni tematiche di un corso di laurea, o all'interno degli organi tecnici nazionali (CUN, commissioni etc.) è in grado di garantire le integrazioni culturali necessarie alla proiezione sociale esterna della preparazione complessiva cui mira un ordinamento didattico. Non si spiega altrimenti come le modifiche dei singoli ordinamenti didattici introdotte in questi anni abbiano prodotto come risultato soprattutto quello di aumentare il numero delle materie d'esame e la durata dei corsi di laurea, e di trovare più un compromesso che un equilibrio fra le discipline, talvolta dettato da prevalenze accademiche piuttosto che da razionalità culturale. La soluzione del problema è molto difficile. È fondamentale che l'impianto culturale di un ordinamento didattico, e quindi anche di quello giuridico, debba essere elaborato dagli studiosi. Questa resta una premessa ineludibile. Tale apporto va tuttavia temperato ed occorre a tal fine accendere occasioni dialettiche (come ad esempio acquisizione di pareri esterni, sedi per un contraddittorio con rappresentanze sociali, necessità di motivazione delle scelte rispetto alle esigenze sociali-professionali) in cui assicurare trasparenza all'iter decisorio, e coinvolgere infine momenti di controllo successivo da parte di istanze più generali di governo accademico, da responsabilizzare nei confronti della domanda sociale.

Questo per i difetti di corporativismo disciplinare. In questi anni, però, è emerso anche un altro aspetto della disfunzione dell'impianto didattico: ci è parso cioè che l'armonia, l'apertura e l'organicità dell'insegnamento siano per questi motivi in Italia sacrificati in qualche misura anche alle sole esigenze scientifiche. Voglio ribadire in questa sede ciò che potrebbe essere ovvio, ed ovvio non è: non si può insegnare all'università se non si fa ricerca, né se non si favorisce la costante acquisizione all'attività didattica delle risul-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanze continue della ricerca. Né si può pensare di indirizzare gli studiosi all'insegnamento in campi che essi non coltivano e non conoscono. L'unità di ricerca e didattica, la fondamentale idea humboldtiana che ha caratterizzato di sé l'università in tutto questo tempo, può apparire scontata ma è bene ribadirla.

Tuttavia, non si può neanche trascurare che l'oggetto di un corso di insegnamento, affidato ad uno studioso, è decisamente ben più ampio dei particolari oggetti della sua ricerca specialistica. È impossibile una coincidenza dei due campi, il ventaglio dell'attività didattica essendo necessariamente più ampio di quello dell'attività scientifica di ogni docente. È in tal modo, del resto, che si risolve spesso il rapporto fra componente istituzionale e componente monografica di un corso.

Il fenomeno è divenuto più vistoso con l'aumento della popolazione studentesca, anche per l'eterogeneità della base culturale dei diplomati che affluiscono alle università, ivi comprese le facoltà di giurisprudenza: con questa popolazione studentesca diviene assai più pressante la necessità di assicurare a tutti, insieme ad un corso di studi critico, anche una preparazione istituzionale. A questo proposito il professor Vismara ci ha proposto ieri una lucidissima riflessione alla quale personalmente sono da tempo affezionato.

Essa ci costringe però a rivedere un tabù della nostra cultura universitaria: alludo al già ricordato principio humboldtiano di inscindibile unità fra ricerca e insegnamento, che deve oggi essere reimpostato alla luce delle novità che hanno investito la natura stessa dell'università. Ripeto che non si tratta di negare il nesso fra scienza e didattica, ma di rivisitarlo per superarne l'accezione formulata per l'università élitaria, di pochi, in cui le due funzioni erano automaticamente sovrapposte, con l'estensione dell'oggetto delle nostre ricerche ai contenuti dell'insegnamento, con la forzata coincidenza di metodologie e di tematiche proprie di ciascuna delle due attività. Lo studioso deve essere assolutamente libero, deve poter studiare ciò che crede, potersi dedicare ai temi che reputa più congrui: è affar suo, sarà la scienza a giudicarlo.

Ma la responsabilità didattica è altra cosa, si esercita su altri, sui nostri giovani, immediatamente; in essa il principio (sacro) della libertà di insegnamento si incontra con il principio (altrettanto sacro) della funzione educativa e formativa, del risultato complessivo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da assicurare nella preparazione dei giovani alla vita ed al lavoro. C'è oggettivamente un conflitto fra questi due principi che va composto e sanato.

L'esperienza dei paesi che molto prima di noi hanno affrontato e risolto i problemi posti dalla nuova dimensione numerica della popolazione studentesca e dalla conciliazione di essa con la qualità dell'insegnamento ha condotto a distinguere le *teaching universities* dalle università sedi di ricerca, i *colleges* dai *graduate courses*, solo per citare alcuni esempi fra i più. L'organizzazione universitaria si è cioè adeguata alle diversità dei destinatari dell'attività formativa. Se restiamo nell'ambito dell'insegnamento giuridico di casa nostra, dobbiamo ugualmente partire dall'analisi dei diversi destinatari dell'attività didattica. Gli studenti delle facoltà di giurisprudenza sono oggi in Italia 200.000 circa e i laureati 12.500 circa all'anno. Di questi solo una netta minoranza si dedicherà a professioni forensi; il resto entrerà nelle pubbliche amministrazioni, o andrà a svolgere altre attività.

Si tratta, cioè, di un quadro assai eterogeneo di destinatari, dei quali solo una parte (minima) sarà composta da giuristi in senso stretto, mentre in maggioranza si tratterà di operatori sociali con professioni diversificate, che utilizzeranno e avranno necessità di ricorrere al loro bagaglio di conoscenza del diritto in forme ed in misura assai diverse. Che cosa significa per costoro un'esperienza storico-giuridica all'interno del corso di laurea in giurisprudenza? Qual'è il minimo denominatore comune di questa esperienza, e la sua reale natura ed estensione? Ecco da dove si deve partire per definire l'identità didattica della Storia del diritto, autonomamente e specificamente rispetto alle sue impostazioni scientifiche (anche se fra le due attività deve certamente esistere correlazione). In altri termini, in che modo pensiamo che un'esperienza culturale storico-giuridica, che si consuma nell'ambito di uno o due esami universitari, e resta pertanto un episodio circoscritto e quantitativamente minore nell'ambito dell'itinerario formativo dei nostri laureati, possa lasciar loro una traccia e segnare di sé la loro cultura professionale? È a questo interrogativo ed a questa esigenza che i nostri corsi devono rispondere, non dimenticando fra l'altro che chi si laurea di questi tempi opererà — nel corso dei suoi quarant'anni di vita professionale — in un mercato del lavoro sempre più internazionalizzato ed europeizzato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Va inoltre tenuto presente che l'odierna cultura giovanile è effettualistica, concretistica, funzionalistica. Mi sovviene l'insegnamento di Jehring, in questo momento. Ai nostri corsi partecipano giovani sempre più attenti allo spessore pratico di ciò che apprendono, pur non rifiutando l'impostazione culturale dello studio: è una fase storica particolare, che probabilmente cambierà un giorno, ma che oggi non va trascurata; né tanto meno si può trascurare che in sostanza la quasi totalità dei laureati svolgerà un'attività essenzialmente pratica. Ciò non mi conduce certo a rinunciare alla mia profonda convinzione che il corso di laurea in giurisprudenza debba avere un impianto formativo essenzialmente metodologico e non professionalizzante, che debba formare il giurista (non solo forense) e non il professionista — avvocato o magistrato o funzionario pubblico — e debba per questo restare di quattro anni. Un corso di laurea formativo e « culturale », cioè, che lasci alle eventuali scuole di specializzazione (biennali) *post-lauream* la preparazione professionale dell'avvocato, del magistrato, del funzionario; e tuttavia un corso di laurea che nel metodo didattico e nei contenuti dei corsi non rifiuti un approccio sperimentale, attento anche ai fenomeni giuridici concreti ed alla loro effettualità, e quindi un corso di laurea non solo teorico-informativo. Non vi è affatto contraddizione fra impianto sperimentale-realistico e natura metodologico-formativa di un corso di studi.

In questo ambito non può che esaltarsi — abbiamo detto — il ruolo dello studio storico-giuridico, che è essenzialmente ruolo culturale e formativo per eccellenza, a condizione però che si sia in grado di rispondere al quesito ora formulato, e cioè che si riesca a lasciare una traccia nell'esperienza giuridica dello studente. Di qui la nostra grande responsabilità nel definire il contenuto dell'insegnamento storiografico: rendiamocene conto, una grande responsabilità, innanzitutto nel proporsi programmaticamente l'impostazione del corso in vista del risultato che si vuole ottenere, del discernimento consapevole di ciò che è utile e ciò che non lo è, della capacità di sintonizzarsi e coordinarsi con le altre discipline dell'intero corso di laurea. Libertà di insegnamento e autonomia devono coniugarsi a questo fine con l'etica della responsabilità che costituisce appunto il sale dell'autonomia stessa.

Ecco che possiamo a questo punto chiudere il cerchio del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragionamento aperto a proposito dell'unità diacronica della Storia del diritto: l'esiguità dello spazio assegnato allo studio storico nel complesso del corso di laurea, ma soprattutto la natura stessa dell'esperienza storico-giuridica che ci aspettiamo lo studente debba fare propongono appunto un ritorno all'unità temporale della disciplina. Ho detto in precedenza delle tendenze a separare il medievale dal moderno, a frazionare i corsi, che tutti noi abbiamo conosciuto in questi anni: è proprio il bilancio dell'esperienza e delle considerazioni svolte che mi spingono a ritenere giunto il momento di ritornare ad un solo corso unitario. Questo richiede anche il ragionamento sviluppato a proposito della collocazione della storia nell'economia complessiva del corso di laurea e della natura ed eterogeneità dei destinatari del nostro insegnamento.

È necessario in altri termini che l'esperienza storiografica dello studente sia la più completa possibile, che essa possa ripercorrere l'arco temporale più ampio, che possa cogliere cioè la scansione dei fenomeni giuridici secondo i tempi veri delle trasformazioni dei sistemi di diritto, che sono inevitabilmente tempi lunghi. Storia è conoscenza del diritto comune nel suo ambito, ma anche del passaggio dal sistema del diritto comune classico alla sua fase successiva che oggi amiamo definire sistema del tardo diritto comune, e poi alla fase codificatoria. La diacronia è una componente essenziale della forza formativa dello studio storico. Ecco perché sul fronte formativo non ha senso distinguere l'insegnamento storico fra medievale e moderno: può ancora operarsi una cesura dal punto di vista dell'interesse scientifico dello studioso, non è opportuno né funzionale nel caso dell'apprendimento studentesco, e quindi nell'impostazione didattica. Se — come abbiamo già detto — la storia giuridica è storia sistemica, è storia ordinamentale, è storia del fenomeno giuridico nel suo complesso e nella sua scansione temporale, nella sua dinamica processualità, non si può non ritornare in campo didattico all'unità diacronica della disciplina.

Ciò significa coniugare insieme — nel corso istituzionale — sistema, fonti, istituti, legislazione, implementazione giurisdizionale ed amministrativa, momenti di rottura e fasi di continuità: uno statuto epistemologico assai complesso e di ardua realizzazione, e tuttavia — nell'ambito del possibile e dell'esistente — un contributo reale ad una percezione dinamica e storica del fenomeno giuridico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed alla conoscenza delle concrete tappe in cui esso si è venuto realizzando. Un contributo, quindi, per costruire la preparazione giuridica studentesca sulla conoscenza dei principi fondanti della civiltà giuridica nei secoli e del loro progressivo cambiamento: ciò contribuirà anche a ridurre i rischi di parcellizzazione di un corso di laurea atomizzato in 26 esami non comunicanti ed assai raramente coordinati fra loro, e riproducenti micro-sistemi disciplinari settorialmente esasperati, con scarso peso delle materie giuridiche « culturali » e con l'assenza di istanze orizzontali di collegamento destinate a favorire la ricomposizione dell'unità del sapere giuridico.

Le discussioni appassionate e dissacranti del '68 rifiutarono il manuale come base di apprendimento e di formazione. Anche in campo giuridico sono nate in quegli anni iniziative scientifiche e culturali importanti. Resta tuttavia il fatto che il rifiuto non solo dei contenuti ma dello stesso strumento del manuale esprimeva una impostazione élitaria, aristocratica, che privilegiava l'auto-apprendimento critico, negava la tecnicità e le nozioni. L'università di massa ha messo in evidenza l'unilateralità di questa impostazione, prospettando oggettivamente la necessità che l'insegnamento sia rivolto non solo a gruppi scelti di autodidatti ma all'universo studentesco, che proprio per la sua dimensione è etorogeneo, con basi culturali differenziate e talvolta insufficienti. Per questi motivi non si può prescindere oggi dalla necessità che una parte dell'insegnamento abbia una natura manualistica ed istituzionale.

Come ho ribadito di rifiutare l'impostazione professionalistica così rifiuto di voler appiattire la formazione universitaria su un versante naturalistico e nozionistico, e rinunciare così alla stimolazione delle capacità critiche e valutative che hanno del resto costituito il patrimonio più qualificante della nostra istruzione superiore. Penso però che non ci può essere formazione critica, e neanche formazione *tout court* senza informazioni e nozioni, senza la conoscenza dei fatti, specie — come si è detto — per una popolazione studentesca culturalmente eterogenea. Credo che tutto ciò valga oggi anche per la formazione storico-giuridica; e che anche per essa si prospetti la necessità della preparazione istituzionale innanzitutto, che non può essere disgiunta in questo caso dall'unità diacronica e dalla completezza di quadro ordinamentale già richiamati.

Siamo del resto nel filone della grande tradizione dell'insegna-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento del diritto. Inutile ricordare le *Institutiones*, o l'ενχειρίδιον, gli strumenti di approccio più elementare valevoli come introduzione alla materia giuridica e come sua sintesi sommaria ed accessibile, cui seguivano i corsi di Pandette, l'approfondimento, la completezza dell'apprendimento, la sua fase matura. Così è stato per lo studio romanistico in epoca contemporanea, con la riproposta distinzione fra « istituzioni » e « diritto » romano. È un'idea antica, fondata su un'acuta intuizione pedagogica e su una lunga esperienza didattica, valide in strutture universitarie d'élite, con popolazioni studentesche assai selezionate, a maggior ragione ineludibili in un'università di massa.

Per questo, in campo storico-giuridico trovo assai valida l'idea riaffacciata qui in questi giorni, di tener fermo il corso istituzionale, cui affiancare però uno — o più — distinti corsi monografici. Ripeto che spetta al corso istituzionale coprire l'intero arco temporale di nostra pertinenza, possibilmente col carattere di integralità su cui mi sono permesso di insistere finora; mentre il corso monografico resta per definizione libero non solo nel metodo ma anche nel tema prescelto.

Avremo la forza accademica di ottenere che un'impostazione scientifico-didattica come quella prospettata sia accolta nell'ordinamento degli studi per la laurea in giurisprudenza? Riusciremo ad evitare un sacrificio delle discipline culturali, fra le quali la nostra, di fronte alla crescente pressione professionalistica ed ai rischi di insensibilità per la formazione di base da parte di taluni colleghi vigentisti? Mi preoccupa notevolmente la soluzione adottata ora in Germania, illustrata in questo convegno, per la sensibile riduzione del peso della storiografia e il suo semi-accorpamento con una disciplina di diritto vigente. La grande Germania patria della Scuola Storica! E non si tratta solo della Germania, poiché la tendenza sembra essere comune anche ad altri paesi. Perciò, realisticamente penso che si potrà ottenere che nel nuovo ordinamento didattico un solo esame di Storia giuridica post-romanistica possa essere considerato fra gli « obbligatori ». Solo uno, e non potrà che essere quello istituzionale.

Ciò non significa però che esso debba essere affidato sempre allo stesso docente. Le nuove norme sullo stato giuridico del personale docente universitario, in questo anticipate dalla legge n. 341 del 1990 sugli ordinamenti didattici, consentono la mobilità della nostra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collocazione e quindi la possibilità di un'equa e razionale divisione periodica del nostro lavoro docente, eventualmente alternando negli anni il nostro insegnamento in corsi istituzionali e monografici, secondo la programmazione didattica delle facoltà e la consensuale utilizzazione alterna della nostra opera didattica. Ma il corso obbligatorio di Storia giuridica temo che non possa che essere uno: le considerazioni finora svolte ritengo che siano in grado di motivare a sufficienza prima di tutto sul piano culturale la sua necessaria presenza nell'iter formativo del giovane giurista.

L'avvenire universitario italiano sarà più autonomistico, anche se in forme contraddittorie e non sempre soddisfacenti. Autonomistico anche in campo didattico, e cioè con differenziazioni nei piani di studio da sede a sede. Spero che resti una cornice nazionale comune in un quadro europeo, ma le sedi avranno certamente più peso che nel passato. Del resto, in parte è già così e le differenze anche nella Storia del diritto delle varie facoltà sono già evidenti. Tutto ciò produrrà vantaggi per noi nelle università più sensibili e mature, e gravi rischi culturali nelle altre. Se le decisioni sui piani di studio dipenderanno solo dagli equilibri accademici interni, l'impianto culturale dei *curricula* ne soffrirà certamente, perché i colleghi vigentisti in molti casi mancano di quella sensibilità per la storia di cui abbiamo discorso in questi giorni.

È quindi indispensabile che sia nell'ordinamento didattico nazionale, sia nella relativa traduzione autonoma di sede si affermi l'obbligatorietà di almeno un insegnamento storico-giuridico. Non sarà affatto scontato, ed è con gli altri giuristi che questo orientamento va affermato, non solo fra noi. Ho colto qualche accento autoconsolatorio nella nostra discussione in questo convegno: non mi sorprendo, poiché la tendenza all'autoreferenzialità è il vizio tipico dei microcosmi, delle aggregazioni di settore. Quando Antonio Gramsci parlava di « egemonia » intendeva la capacità di persuadere ed influenzare gli altri circa la validità delle proprie idee. Non ho mai dimenticato quell'insegnamento. Noi dobbiamo meritarcela una giusta considerazione per la Storia giuridica nelle facoltà di giurisprudenza (e nelle altre): dobbiamo meritarcela non autoconsolandoci e ripetendone la validità a noi stessi, ma dimostrandone agli altri la indispensabilità agli effetti formativi.

Questo deve avvenire innanzitutto con la validità intrinseca dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corsi: penso che la scelta emersa in questo convegno e da me sommariamente sintetizzata possa essere positivamente apprezzata dalle facoltà. A questo dovrà soprattutto contribuire la pratica didattica nelle facoltà, le diverse soluzioni adottate. Confessiamoci che non manca qualche abuso, o qualche interpretazione a mio avviso discutibile della sfera della « libertà di insegnamento », in nome della quale, poi, si è giunti in qualche caso a ridurre i corsi a puri aspetti ipermonografici o soltanto di storia esterna e di fonti. L'esito è stato che talvolta la storia giuridica è stata ridotta nel senso comune degli studenti ad una inutile galleria di *antiquitates iuris*, quando non ad un qualche bizantinismo iperspecialistico, nell'assenza di riferimenti al quadro generale della storia del fenomeno giuridico nei secoli. Il nostro incontro ha invece ribadito la necessità di trasmettere agli studenti la storia complessiva del fenomeno giuridico, l'avvicendarsi temporale e spaziale di diversi sistemi giuridici, lo sviluppo storico e l'origine dinamica dell'assetto giuridico contemporaneo. Tutto ciò costituisce una risposta forte alla curiosità intellettuale ed alla domanda culturale degli studenti, che le facoltà non potranno ignorare.

I nostri primi alleati devono perciò diventare gli studenti, la loro ansia di capire e di sapere. La loro domanda formativa può costituire un oggettivo fattore di pressione perché la cultura storica ed il conseguente impianto storicistico della loro esperienza giuridica trovino nel nostro insegnamento un riscontro efficace, che lasci traccia nella loro biografia intellettuale, nel ricordo degli anni universitari quando eserciteranno la loro professione. Dobbiamo per questo offrire testi che non si brucino nel breve spazio di un mattino solo studentesco; ai quali, cioè, i laureati possano tornare qualche rara volta anni dopo per verificare un ricordo utile al loro impegno professionale o alla loro semplice curiosità culturale. La loro testimonianza sarà forse la prova più persuasiva della nostra indispensabilità, assieme al fenomeno delle « introduzioni storiche » premesse da molti vigentisti ai loro lavori: non c'è presente senza radici, non si può conoscerlo senza conoscerne le origini dinamiche. Affidiamo alla forza intrinseca di questi argomenti, che è poi la forza della ragione, le sorti della base culturale e storica nella formazione del giurista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Firenze

Giulio VISMARA
Prof. Emerito di Storia del diritto italiano — Università di Milano

Manlio BELLOMO
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Catania

Adriano CAVANNA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università Cattolica di Milano

Vincenzo PIANO MORTARI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Roma I

Ennio CORTESE
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Roma I

Raffaele AJELLO
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Napoli I

Antonio PADOA SCHIOPPA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Milano

Mario SBRICCOLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Macerata

Giangualberto ARCHI
Prof. Emerito di Diritto romano — Università di Firenze

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne — Università di Firenze

Federico MARTINO
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano — Università di Messina

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gian Savino PENE VIDARI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Torino

Enrico SPAGNESI
Prof. Associato di Storia degli ordinamenti degli antichi Stati italiani — Università di Trieste

Giovanni SANTINI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Modena

Michele SCUDIERO
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Napoli I - *Vice-Presidente del Consiglio Universitario Nazionale*

Natalino IRTI
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato — Università di Roma I

Gustavo ZAGREBELSKY
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Torino

Vittor Ivo COMPARATO
Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche — Università di Perugia

Lorenzo ORNAGHI
Prof. Associato di Scienza della politica — Università Cattolica di Milano

Pierangelo SCHIERA
Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche — Università di Trento

Ovidio CAPITANI
Prof. Ordinario di Storia medievale — Università di Bologna

Elena FASANO GUARINI
Prof. Ordinario di Storia moderna — Università di Pisa

Raffaele ROMANELLI
Prof. Associato di Storia contemporanea — Università di Pisa

Pio CARONI
Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero — Università di Bern

Michael STOLLEIS
Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte — Universität Frankfurt am Main - *Direktor Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maurice QUENET
Professeur d'Histoire des institutions et des faits sociaux — Université de Rennes - *Président de l'Association des historiens des Facultés de Droit*

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Carlos PETIT
Catedrático de Historia del derecho — Universidad Autónoma de Barcelona

Luigi BERLINGUER
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Siena

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

INDICE SOMMARIO

pag.

Paolo Grossi, *Premessa* VII

INCONTRO DI STUDIO SU
« L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE
E MODERNO »
ATTI

Programma 3

Paolo Grossi, *Parole introduttive* 5

PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'INSEGNAMENTO IN ITALIA
QUALE « MANUALE » PER QUALE STORIA DEL DIRITTO

Giulio Vismara 17

Manlio Bellomo 21

Adriano Cavanna 35

Vincenzo Piano Mortari 47

PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'INSEGNAMENTO IN ITALIA
« STORIA DEL DIRITTO ITALIANO »: ARTICOLAZIONI DISCIPLINARI
VECCHIE E NUOVE

Ennio Cortese 59

Raffaele Ajello 61

Antonio Padoa Schioppa 103

Mario Sbriccoli 117

DISCUSSIONE

Vincenzo Piano Mortari 137

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giangualberto Archi 139
Maurizio Fioravanti 143
Federico Martino 153
Gian Savino Pene Vidari 155
Enrico Spagnesi 157
Giovanni Santini 161

LA STORIA DEL DIRITTO E I SUOI DIVERSI DESTINATARI

Michele Scudiero 165

LA STORIA DEL DIRITTO NELLE FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Natalino Irti 171
Gustavo Zagrebelsky 177

LA STORIA DEL DIRITTO NELLE FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE

Vittor Ivo Comparato 231
Lorenzo Ornaghi 239
Pierangelo Schiera 253

LA STORIA DEL DIRITTO NELLE FACOLTÀ DI LETTERE E STORIA

Ovidio Capitani 269
Elena Fasano Guarini 285
Raffaele Romanelli 299

STORIA DEL DIRITTO: ESPERIENZE TRANSALPINE

Pio Caroni 321
Michael Stolleis 331
Maurice Quenet 339
Bartolome Clavero 357
Carlos Petit 401

Luigi Berlinguer 415

I collaboratori di questo volume 435

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano