

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

86

PIO CARONI

**LA SOLITUDINE
DELLO STORICO
DEL DIRITTO**

Per la storia del pensiero giuridico moderno

86

PIO CARONI

LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO

Appunti sull'inerenza di una disciplina altra

presentazione di ITALO BIROCCHI



GIUFFRÈ EDITORE

*Agli eremiti camaldolesi
del Sacro Eremo tuscolano,
fratelli nel silenzio*

PRESENTAZIONE

1. Questa è l'edizione italiana di un libro che, apparso originariamente nel 2005 in lingua tedesca, raccoglieva diversi lavori pubblicati negli anni precedenti ⁽¹⁾.

Il filo conduttore è nitidissimo e unifica tutti i saggi, che appaiono così come altrettanti capitoli di una trattazione monografica: si discute del ruolo della storia del diritto nei *curricula* universitari, con particolare riguardo a quello impartito nelle Facoltà di diritto. Non che l'ambito della didattica non sia interrelato con quello della ricerca, ma l'Autore avverte che in questi contributi intende specificamente trattare della utilità o meno dell'insegnamento storico-giuridico rispetto alla formazione del giurista.

L'argomento riguarda evidentemente una questione preliminare, che ogni titolare di un corso di questa disciplina non può non porsi, tanto più che — Pio Caroni ci avverte immediatamente, sbalzandoci addosso questa affermazione — si tratta di una disciplina « così clamorosamente *altra* » (p. 41). Dal canto suo l'autore riconosce che i quesiti del *perché* e del *come* professare la disciplina storico-giuridica sono stati il filo conduttore di un vagabondaggio coincidente con l'intera durata del suo magistero accademico (pp. 45 e 161).

⁽¹⁾ P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel, 2005. Rispetto all'edizione tedesca, questo libro contiene un ulteriore saggio che, originariamente pubblicato in castigliano nei *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 9, 2006, è stato poi riedito con qualche modifica negli *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007: per la coerenza col tema affrontato, quest'ultima versione viene riproposta nella presente silloge. Che sussista una forte connessione tra i vari saggi raccolti nel libro è considerazione già espressa nella recensione di P. COSTA in *Quaderni fiorentini*, XXXV/2, 2006, p. 917.

L'impressione è che si tratti di domande scomode, sicché non di rado passate sotto silenzio.

In Italia le questioni sono state affrontate con atteggiamenti diversi dai romanisti e dai cultori della storia del diritto medievale e moderno. Tra questi ultimi sembrano prevalere i discorsi elusivi o le adesioni sbrigative a una tesi che è ripetuta tanto spesso da essere diventata tradizionale; si fa cioè riferimento alla funzione critica dello studio della storia del diritto, naturalmente vocata a non appiattirsi nella riflessione sul microcosmo del diritto vigente e tanto meno sull'esegesi della legislazione attuale. È un fatto che nella disciplina ci siano tanti ottimi e appassionati insegnanti, che quotidianamente forniscono una risposta coerente finalizzando i corsi agli obiettivi formativi, curando la scelta dei testi da utilizzare per la preparazione, gestendo i rapporti con i colleghi giuristi e delle altre storie; ma è raro in Italia trovare, nelle riviste o comunque negli spazi culturali frequentati dai giusmedievisti e modernisti, chi parli dei manuali e delle loro finalità necessariamente correlate alle diverse prospettive formative dei destinatari, o chi discuta dell'utilità e del ruolo dell'insegnamento della storia del diritto ⁽²⁾.

Quanto all'utilità didattica — ovvero il *perché* dello studio della disciplina —, essa è per lo più data per scontata, come una sorta di postulato che non abbisogna di dimostrazioni; si comprende quindi che chi seriamente, dal suo interno, ne discute, sia quasi considerato un autolesionista o addirittura sia in odore di eresia. Quanto al ruolo del suo insegnamento — ovvero il *come* tenerlo —, si preferisce circoscrivere la discussione agli spazi da riservargli nei *curricula* universitari: una battaglia sui confini, si direbbe. Così gli sforzi sono soprattutto rivolti a “difendere” i crediti che l'ordinamento accorda alla disciplina e che poi i Consigli di Facoltà e di Corsi di laurea specificano per le rispettive competenze. Entra in gioco in proposito, in tutto il suo spessore ambiguo, il rapporto con i romanisti, naturali compagni di viaggio per la comune appartenenza alla famiglia degli

⁽²⁾ In ciò si riscontra una profonda differenza rispetto ad altri contesti europei. Penso al vivace dibattito sviluppatosi nell'area di lingua tedesca, dove comunque lo storico del diritto (romanista o germanista) è pure impegnato a insegnare il diritto positivo; ma penso anche alla Spagna, ove le partizioni disciplinari nelle Università sembrano abbastanza simili a quelle italiane.

storici del diritto eppure anche avvertiti come rivali, sotto una duplice angolazione:

– sul piano scientifico, per il loro porsi come sponda verso i giuristi positivi (essenzialmente i civilisti) e per le frequenti “incurSIONI” — così vengono chiamate — nel territorio di tradizionale riserva dei medievisti e modernisti;

– sul piano didattico, perché da qualche tempo gli ordinamenti universitari, nell’annoverare il nuovo insegnamento di Fondamenti del diritto europeo (sia nelle Scuole di specializzazione per le professioni legali, sia nei corsi di laurea delle Facoltà giuridiche), ne assegnano la titolarità in esclusiva ai romanisti, con un atto di investitura che ne accredita le pretese di depositari delle presunte radici del diritto europeo (3).

Di contro, i romanisti hanno una lunga tradizione volta a dibattere del ruolo della loro disciplina. Come è noto, almeno a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, in forme diverse ma sempre attorno a *Die Krise des römischen Rechts*, la discussione non si è mai spenta e, specialmente in Germania, già nei secondi anni Sessanta, si è intrecciata con il dibattito sui compiti della scienza giuridica nei nuovi spazi della comunità europea in costruzione: in questa ottica la storia del diritto (privato) e la comparazione venivano indicate come i perni di una sfera di ricerche unitaria (4). Nello stesso lasso di tempo in Italia la discussione si è sviluppata secondo orientamenti diversi ma tra loro intrecciati; salvo che tendenzialmente le posizioni si sono dipanate in una chiave scientifica e solo di riflesso è entrata in gioco la didattica, che

(3) Il rapporto di alleanza-rivalità sinteticamente accennato nel testo è documentato dagli Atti del Convegno organizzato dalla Società di Storia del diritto a Padova nel 2005 e dedicato al tema *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, a c. di L. Garofalo, Napoli, 2007. Una visione misurata e condivisibile di quel rapporto esprime A. MANTELLO, *Di certe smanie ‘romanistiche’ attuali*, in *Diritto romano attuale*, 2000/4, p. 51.

(4) Come suonano sin dal titolo due notissimi saggi di Helmut COING, originariamente pubblicati nel 1967 e 1968 (ora in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, II, Frankfurt a. Main, 1982, pp. 67-99 e 157-176). Di fatto si enunciava il progetto che di lì a pochi anni prenderà forma con la pubblicazione dei volumi dell’*Handbuch*: ed è un progetto nel quale la storia entra in considerazione complessivamente, come storia delle fonti, della cultura e dei giuristi e non solo degli istituti giuridici. V. anche oltre, nt. 27.

ha cominciato ad assumere un qualche rilievo nelle discussioni giuste nell'ultimo quindicennio e in particolare quando si è trattato di precisare l'indirizzo e i contenuti del nuovissimo insegnamento di Fondamenti del diritto europeo.

È singolare, comunque, che lo storico del diritto medievale e moderno sia rimasto sostanzialmente ai margini di questo dibattito; né basta a giustificare tale estraneità la distinzione dei ruoli che dalla fine dell'Ottocento il legislatore italiano ha stabilito tra gli storici del diritto (allora, quello romano e quello del diritto "italiano"). Nelle premesse iniziali si trattava solo di una distinzione cronologica tra due specializzazioni storiche, che però comportava diversità di fonti e di contenuti e, a lungo andare, di metodi e strumentazioni da maneggiare: si può parlare allora di una distinzione epistemologica, come se il romanista mantenesse l'abito del giurista e lo storico del diritto vestisse invece i panni dello storico? È un altro dilemma che viene talvolta enunciato⁽⁵⁾ e più spesso esorcizzato, ma che è ormai il caso di discutere, se non altro per evitare tanti fraintendimenti: lo si farà più avanti. Per ora basti rilevare che non è raro, oggi, riscontrare che al romanista non venga naturale situarsi tra gli storici del diritto e preferisca usare l'etichetta di "romanista" come distinta da quella di storico del diritto⁽⁶⁾.

Ma torniamo alla sostanziale marginalità dei medievisti e modernisti nel dibattito, tanto più rilevante in quanto al rinnovamento delle Facoltà di Giurisprudenza e alla formazione dei futuri giuristi sono stati dedicati nell'ultimo quindicennio numerosissimi incontri e

(5) « Non è che nel mezzo [tra Giustiniano ed oggi] vi sia il nulla; è soltanto difficile trovarlo, per noi che veniamo da lontano, dall'antichità romana. Da quando le nostre corporazioni — a partire dalla fine dell'Ottocento — si sono tendenzialmente divise, gli *speculatores* che si sono avventurati in queste terre selvagge, i giusitalianisti, siano essi medievisti o cultori della storia del diritto moderno, sono quasi sempre andati per altre strade, diverse dalle nostre, le quali sono ancora, ma non senza sforzo, rimaste quelle del diritto. Sono andati per i facili sentieri della biografia e della cultura generale, che, per quanto riguarda il diritto, non portano in alcun luogo » (M. TALAMANCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, a c. di P. Zamorani, A. Manfredini e P. Ferretti, Torino, 2005, p. 41; stesso concetto in ID., *Il « corpus iuris » giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzio di Celso*, Padova, 1995, p. 793).

(6) Così diversi interventi negli Atti del Convegno organizzato nel 2005 dalla Società di storia del diritto (v. sopra, nt. 3).

seminari (7). Se si eccettuano interventi isolati, le principali palestre di discussione a cui il ricordo riporta sono state il Convegno fiorentino organizzato nel 1992 da Paolo Grossi, che ebbe come protagonisti gli storici del diritto medievale e moderno (non solo italiani e non solo presenti nelle Facoltà di Giurisprudenza), e quello padovano del 2005, organizzato dalla Società italiana di Storia del diritto, che chiamò a raccolta romanisti e storici del diritto intermedio italiani guardando in particolare all'insegnamento nelle Facoltà di Giurisprudenza. Il primo, singolarmente tempestivo nel porre sul tappeto i compiti nuovi della didattica e del suo principale strumento (il manuale) e animato da tante prestigiose presenze; il secondo non meno ambizioso nell'incanalare la discussione verso il ruolo della storia del diritto per la formazione del giurista europeo (8). Ebbene, l'impressione complessiva, che prescinde dal valore di certe relazioni o testimonianze, è che in entrambe le occasioni il terreno della didattica non abbia innescato una discussione approfondita, come pure sarebbe stato necessario per affrontare il nodo ineludibile del ruolo della storia del diritto in una Facoltà giuridica di massa e, rispettivamente, nella formazione del futuro giurista europeo. Ed è frequente registrare un continuo slittamento dall'ambito didattico — in funzione del quale i due Convegni sono stati organizzati — all'ambito scientifico: non tanto per la naturale contiguità tra la sfera dell'insegnamento e la sfera della ricerca, quanto, come pare di cogliere, per una persistente idiosincrasia a distinguere i due campi. È probabile che in questo giochi anche una certa ritrosia dello storico del diritto verso i discorsi di metodo, rispetto ai quali si sente impreparato o disinteressato, forse perché inconsapevolmente propenso a considerarsi uno scopritore di dati (elaborazioni teoriche, soluzioni normative, fonti documentali) poco incline alla teoresi. Ma si può ragionevolmente essere interpreti — anche,

(7) Ai quali hanno pure partecipato storici del diritto medievale e moderno, ma senza che le prese di posizione venissero rilanciate e magari criticate in un dibattito che coinvolgesse profondamente la disciplina.

(8) Vi è stato anche un altro convegno, tenutosi a Milano il 10-11 dicembre 1999 e organizzato dalla Società italiana di Storia del diritto, dedicato al tema *Il ruolo delle discipline storico-giuridiche nelle Università italiane*: ma di esso non sono stati pubblicati gli Atti (il che ha pure un significato).

nel proprio piccolo, come professore chiamato a interpretare il ruolo di insegnante nella scassata Università di oggi — senza un metodo e una filosofia, magari artigianali ⁽⁹⁾?

A maggior ragione il sasso lanciato da Pio Caroni merita di essere raccolto. Il pubblico italiano lo conosce soprattutto per i *Saggi sulla storia della codificazione*, pubblicati poco più di una decina d'anni fa in questa stessa collana monografica: un libro che ha circolato anche tra quanti si formano nelle Università, come dottorandi di ricerca o come semplici studenti, visto che ha avuto pure adozione didattica e che è del resto il frutto di lezioni ⁽¹⁰⁾. Gli specialisti lo conoscono inoltre per i tanti interventi ai Convegni e per i contributi su Savigny, su molti aspetti della storia del diritto privato e del diritto commerciale, della cultura giuridica d'età moderna e contemporanea e ancora per altri saggi sulla codificazione. Qui ci appare nel suo gabinetto di studio, solitario e polemico insieme. Solitario, perché esprime un pensiero connotato criticamente, inconfondibile nella chiarezza espositiva e nella direttrice che delinea; polemico perché mette in discussione schemi e stilemi, dialogante con le ragioni altrui ma anche insofferente ai silenzi di comodo e a tutto ciò che è ripetuto senza elaborazione. Come è ovvio, dunque, solitario non allude affatto alla separazione dal mondo, magari nell'isolamento dell'erudizione; al contrario allude alla condizione di chi pensa autonomamente e si sente responsabile delle proprie idee ⁽¹¹⁾. La compagnia — e qui si allude in particolare all'incontro con il giurista positivo — è certo una condizione

⁽⁹⁾ S'intende che non è una domanda rivolta a un particolare destinatario e tanto meno sottende una critica individuale; è invece una riflessione rivolta alla corporazione di studiosi che coltiva la storia del diritto e coinvolge naturalmente anche chi scrive queste righe.

⁽¹⁰⁾ P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998; il testo fu originariamente pubblicato in lingua castigliana: *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996.

⁽¹¹⁾ Ha ragione P. GROSSI, *Il punto e la linea*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a c. di G. Rebuffa e G. Visentini, Milano, 1996, pp. 255-256, ID., *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, XLII, 1996, I, p. 281 e ancora ID., *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi* (1998, in castigliano), ora in ID., *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, p. 21 ss. a temere le solitudini di chi si astrae dal confronto, sia esso il giurista positivo, sia esso lo storico del diritto, che talvolta pratica la solitudine dell'erudizione. Impossibile, del

auspicata, ma l'aspirazione non va scambiata per la realtà. Conviene essere schietti, ci dice Pio Caroni ⁽¹²⁾.

Come nel suo stile, l'Autore non si nasconde, è presente col suo inconfondibile timbro e non esita a esporsi. È così possibile leggere in controluce i riferimenti all'esperienza personale d'insegnamento, come del resto naturale per chi ha avuto per tanti anni un appassionato rapporto con la didattica e con i suoi allievi; ma neanche per un momento il discorso si localizza incentrandosi sulle peraltro significative e lunghe vicende di insegnamento a Berna, bensì si dipana veicolato dalle tante antenne che lo studioso svizzero mantiene costantemente orientate e che gli consentono di dialogare con la storiografia giuridica tedesca, italiana, iberica e francese. Riflessioni personali, simboleggiate dall'immagine del pensoso gatto americano — un compagno del professore ticinese — intento a guardare la catena del Giura: immagine che nell'edizione originale del libro era posta discretamente nel risvolto di copertina, quasi in funzione di epigrafe. Eppure riflessioni che costituiscono una sponda preziosa per tutti noi che ci aggiriamo cercando i perché profondi del nostro ruolo di insegnanti ⁽¹³⁾.

2. L'assunto principale del libro mi sembra essere il seguente: nell'ambito della didattica — e, come detto, con riferimento in particolare alle Facoltà di Giurisprudenza — non conviene che lo storico del diritto guardi indietro. Finirebbe, inevitabilmente, per cercare soluzioni e forme o addirittura “sistemi” atti a giustificare (spiegare, avvalorare, confermare) il diritto vigente. In questo guardare indietro invece, è solitamente rinvenuta l'utilità dello storico: una ragion d'essere emi-

resto, sorprendere Pio Caroni nell'esercizio dell'erudizione: al più lo si può cogliere nella raffinata citazione, magari in epigrafe, di uno dei suoi amati poeti o scrittori.

⁽¹²⁾ Viene in mente una notazione disincantata e aspra di G. 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, 1947, p. 182: «Sulle proprie provviste, in materia di storia, e sulla propria capacità ad assimilarle, è ben facile che i giuristi si illudano. Ho sempre considerato con diffidenza quella bella dedica del trattato del Vivante al Goldschmidt, il quale gli avrebbe insegnato a “trarre dalle intimità della storia il sistema del diritto vigente”. Intimità e maternità più che dubbie».

⁽¹³⁾ La poesia *Un gatto*, di Giorgio Orelli, apre anche la raccolta di scritti promossa dagli amici: *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni*, a c. di G. De Biasio, A. Foglia, R. Garré e S. Manetti, Bellinzona, 2004.

nementemente pratica della storia, perché ricollegata alla sua funzionalità rispetto al diritto vigente. Funzionalità pratica e perciò inattaccabile, si dice, anche perché si pone immediatamente su un terreno comune rispetto al giurista positivo, che diventa così l'alleato dello storico.

Può darsi che questa ragion di convenienza abbia i suoi lati positivi; ma, se vi indulgessimo, per l'Autore si tratterebbe comunque di una resa, perché stabilirebbe l'ancillarità dell'insegnamento della storia del diritto rispetto al diritto esistente, sia che questo venga considerato come espressione della storia di un popolo rivisitata attraverso le elaborazioni dottrinali, sia che se ne privilegi la matrice di diritto positivo di derivazione legislativa. Col che la critica coinvolge contemporaneamente l'impostazione dell'insegnamento di stampo savignyano e quella che prevalse in ordinamenti a diritto codificato come l'Austria (pp. 56-57). E non c'è nessuna contraddizione in questo rilievo, giacché, come nota Pio Caroni, sia la scuola storica sia il legislatore austriaco, nel valorizzare l'insegnamento della storia, si proponevano concordemente di puntellare il diritto vigente, munendolo appunto della robusta giustificazione storica.

L'ancillarità così riscontrata si congiunge ad un atteggiamento conservatore in senso proprio, su cui val la pena di soffermarsi ulteriormente perché si tratta di un aspetto particolarmente interessante per il lettore italiano. Come è noto, infatti, l'insegnamento della storia del diritto prese piede nei *curricula* delle Università della penisola nella prima metà dell'Ottocento, fuso in un'unica denominazione con la materia dell'Enciclopedia del diritto. Secondo un modello che veniva dalle Università tedesche, in sostanza l'unitarietà dell'insegnamento del diritto, che una volta era assicurata dallo studio pressoché esclusivamente incentrato sul *corpus iuris* e che in tempi più recenti era stata minacciata dalla crescente autonomia assunta dalle varie articolazioni disciplinari, era ora assicurata da una materia che racchiudeva — a mo' di enciclopedia, appunto — i lineamenti fondamentali dell'intero diritto vigente, accompagnati dai loro percorsi storici. Una materia nebulosa, come si tende a dire, sia per la congiunzione tra storia ed enciclopedia, sia perché, trattandosi di rinvenire la formazione degli schemi fondamentali delle due grandi branche del diritto privato e di quello pubblico, la storia a cui guardava il giurista era una sorta di *excursus* comparatistico: si mettevano insieme, in un rapidissimo sorvolo, le esperienze dell'antichità (quella dei popoli orientali, il mondo

classico greco e poi l'età romana) per dirigersi infine, ma sempre molto sommariamente, verso il diritto barbarico e bizantino e gli "sbocchi" del basso Medioevo e dell'età moderna.

Non fu un'impostazione passeggera, se è vero che essa si protrasse nei *curricula* universitari ben addentro ai primi decenni dello Stato unitario. Fu negli anni Ottanta, infatti, che si affermò stabilmente un impianto di insegnamento che da un lato prevedeva la separazione dall'Enciclopedia del diritto e che dall'altro restringeva l'ambito dell'interesse storico, stabilendo le cattedre autonome di storia del diritto romano e rispettivamente, per l'età medievale e moderna, del diritto *italiano*. I manuali che cominciarono ad apparire in quegli anni testimoniano della svolta ⁽¹⁴⁾. Il modello che si seguì esprimeva la visuale storicistica, che affermava un'ideologia di continuità dell'ordinamento statale — "potere costituente" e teorie contrattuali furono sostanzialmente tenuti fuori dalle dottrine pubblicistiche ⁽¹⁵⁾ — e fu capace persino di inserire i codici nell'ininterrotto processo che andava accreditando; nel contempo quell'impianto inglobava ecletticamente anche le esigenze di centralità del legislatore positivo, che richiedeva ed anzi imponeva di trovare nel passato le radici e dunque la giustificazione del nuovo diritto. I codici dello Stato unitario appena costituito erano dunque visti come coronamento di un processo che da sempre proponeva sul piano del diritto l'unitarietà delle popolazioni italiane.

A dar corpo a questo modello, prima che il legislatore italiano intervenisse, ma nel binario predisposto dalla legislazione del sovrano austriaco di cui era stato inizialmente suddito, fu Antonio Pertile. E, a leggere le dichiarazioni di intenti con cui l'insegnamento di storia del diritto fu istituito a Padova e in ottemperanza alle quali fu appositamente formato il Pertile in vista dell'imminente assegnazione della cattedra, si colgono esattamente le finalità rilevate da Pio Caroni a sostegno della "giustificazione" dell'insegnamento: una

⁽¹⁴⁾ Fondamentale M. MARTÍNEZ NEIRA, *Sobre los orígenes de la historia del derecho en la Universidad italiana*, in *Quadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 7 (2004), pp. 117-154. Cfr. I. BIROCCHI, *I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia*, in corso di stampa negli Atti del Convegno di Bologna, 21-24 ottobre 2008.

⁽¹⁵⁾ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a c. di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, spec. p. 8 ss.

materia che scavando nel passato doveva coagulare il consenso attorno agli istituti giuridici del presente diritto codificato (16).

3. C'è un'altra versione dell'uso della storia funzionale al diritto vigente e che pure non passa indenne al vaglio critico di Pio Caroni. Si tratta di quell'indirizzo che si presenta propriamente con una gamma di orientamenti differenti, ma che con formula sommaria si è soliti chiamare 'neopandettismo'.

Va avvertito subito che la polemica ingaggiata dallo studioso elvetico riguarda una corrente estrema che in Italia ha trovato, almeno a parole, pochi adepti dichiarati. Anzi, l'etichetta di 'neopandettista' è quasi unanimemente rifiutata dai romanisti di casa nostra, quasi che fosse un insulto (17). E si comprende: di primo acchito l'appellativo evoca una cultura nostalgica, una sorta di rifugio in cui rinchiudersi ma che comporta un'evidente negazione della storicità del diritto, e un esito siffatto genera una altrettanto ovvia, immediata reazione critica in tutti i romanisti che non disprezzano la filologia (18) o comunque animati da un'impostazione storicista (19).

(16) L'opera di Pertile è comprensibile, perciò, all'interno della ideologia del tempo (cfr. MARTÍNEZ NEIRA, *Sobre los orígenes*, cit., p. 139 ss.). Secondo L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, spec. pp. 39-40, essa, pur preziosissima nei suoi apporti di conoscenza, « non sarebbe in realtà bastevole, in quanto evita programmaticamente di incunarsi nel diritto vigente e di svelare il passato che vi si agita »: giudizio, mi pare, suggerito non tanto dall'interesse per la collocazione storica del capolavoro del maestro padovano quanto dalle inclinazioni dogmatiche prevalenti oggi (lo stesso autore apertamente le dichiara, spec. pp. 53-54, 95-96, 109 e *passim*).

(17) Non partecipava al coro Mario TALAMANCA, il quale elegantemente dichiarava che non si sarebbe adombrato nell'ipotesi di essere annoverato tra i neopandettisti: *Considerazioni conclusive*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, IX, 2006 [*Studia in honorem Mari Amelotti in Athenaeo genuensium iuris romani emeriti*], p. 40.

(18) Come ben scrive D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 72, « la filologia è l'antidoto dei discorsi *a priori* ». Proprio per questo è difficile seguire lo stesso studioso allorché, « per fare sentire la rilevanza del diritto romano nell'elaborazione dei diritti fondamentali », propone « di ricondurre i testi classici del giusnaturalismo e del costituzionalismo — dalla Seconda Scolastica spagnola a Grozio, dagli inglesi al razionalismo della scuola pufendorfiana — all'interno della tradizione di cui tali testi sono il prodotto, mentre invece vengono branditi come cesure » (p. 75).

(19) Tra questi sicuramente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, autore di tanti interventi

Difficile, in effetti, trovare, tra i romanisti italiani, chi dichiari che sia tempo di abbandonare il tradizionale statuto di studioso specialista del diritto dell'antica Roma; salvo che a questo, sempre più spesso, si accompagna un'ansia, un'aspirazione, una voglia di recupero della tradizione romanistica e di affermare le prospettive di impiego che la metodologia dogmatica (o, se si preferisce, logico-formale) dischiuderebbe nel presente, ora per una funzione di stimolo nei confronti del legislatore, ora più modestamente per un ruolo critico del diritto esistente, ora, infine, più ambiziosamente, per porsi come protagonista di un processo formativo del diritto multinazionale e multiforme e perciò stesso bisognoso di essere ricondotto a 'sistema' (20). Finalità non coincidenti, dunque, per di più perseguite con un ventaglio di orientamenti abbastanza ampio; e tuttavia ad avvicinare molte posizioni provvedono l'ottica attualizzante e le preoccupazioni essenzialmente dogmatiche (21). Eventualmente anche utilizzando elaborazioni proprie della cosiddetta tradizione postirneriana del diritto continentale o del *common law*, si lascia di fatto il terreno storico, si adotta un'ottica osservativo-

almeno a partire da *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *Iura*, LI, 2000, pp. 1-27 e L. LABRUNA (v., ad esempio, *Principii giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto tra Europa e America latina*, in *Labeo*, L, 2004, p. 25). Inutile qui ricordare le posizioni di Bretonne, spesso richiamate (e condivise) da Pio Caroni.

(20) Già una decina di anni fa, nella romanistica italiana si riteneva che « l'orientamento di gran lunga prevalente » fosse quello che considerava « il diritto romano come tessuto connettivo della scienza giuridica (europeo-continentale in primo luogo) e del nuovo diritto » (L. PEPPE, *Alcune riflessioni sulla storia del diritto ovvero: della rottura della tradizione (giuridica)*, in *Diritto romano attuale*, 2000/4, p. 67).

(21) A. SCHIAVONE, *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, pp. 1159-1160. E l'ottica attualizzante sembra incidere su quella prudenza che induceva i maestri della generazione appena scomparsa a distinguere le diversità dietro i nomi e le categorie apparentemente simili (ne è un esempio G. PUGLIESE, *Aspetti del « diritto comune europeo »*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, 1994, pp. 1077-1101). L'ottica attualizzante non va confusa con un'impostazione che consideri il diritto romano come attuale (per lo più rigettata: L. VACCA, *Intervento*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 256): ma non c'è altro modo sintetico di definire la propensione a considerare il diritto romano come filo conduttore « per la soluzione dei problemi della scienza giuridica attuale e per la costruzione di un nuovo modello transnazionale, coerente con la tradizione giuridica comune » (ivi, p. 258).

ricostruttiva e ci si volge a fornire contributi ambiziosamente rivolti a una sorta di teoria generale del diritto europeo, per la quale evidentemente mancano i presupposti (22). In sostanza, la comunanza di diritto in Europa è postulata una volta per sempre e così si scavalcano tutti i problemi di interrelazioni che quella comunanza pone: come si trasmettevano i modelli e come circolavano i libri? Come si formavano e come si spostavano i giuristi (23)? È certo, comunque, che, lasciata da parte la storia, inevitabilmente si scivola verso la concezione di un diritto « mosso da una dinamica *propria*, autonomo e perciò irriferribile ad ogni e qualsiasi contesto, quello sociale compreso » (p. 95).

Il fatto è che ‘neopandettismo’ non indica una pandettistica di rilancio, né appiattita verso il passato; al contrario, si tratta di un composito indirizzo che appare animato da preoccupazioni pratiche dell’oggi. Si predica un romanista « capace di operare nel mondo del diritto vigente » e, nel contempo, un romanista « portatore di radici » e dunque legato al passato (non solo antico, ma anche medievale e moderno) (24). Nella situazione attuale, la romanistica moderna dovrebbe sviluppare le concezioni fondative di Savigny, come ramo della scienza giuridica alla quale spetterebbe « il ruolo di catalizzatore di tutto il pensiero giuridico transnazionale » (25): dovrebbe, per usare le parole di Zimmerman, saper cogliere le linee

(22) Per la distinzione tra ‘dogmatica’ e ‘teoria generale’ faccio riferimento a L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I-III, Roma-Bari, 2007, I, introduzione, spec. §§ 9 e 10 (pp. 43 ss. e 51-52). L’ambito del contributo — teorico o dogmatico — non sembra sempre nitidamente chiaro nella romanistica che qui si discute; se C.A. CANNATA, *Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LVIII, 1987, p. 386 dichiara apertamente che non si tratta di apporti di teoria del diritto, più di recente, sull’onda del nuovo insegnamento che allude al futuro diritto europeo, sembrano affacciarsi propensioni che si accreditano come contributi teorici.

(23) Domande poste, ben provvedutamente, da A. PADOA SCHIOPPA, *Per una storia comparata del diritto europeo*, in *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, a c. di O. Troiano, G. Rizzelli e M.N. Miletta, Milano, 2004, p. 30.

(24) Sono concetti e parole di C.A. CANNATA, *Usus hodiernus Pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LVII, 1991, p. 387.

(25) C.A. CANNATA, *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*, in *Studia et docu-*

di collegamento tra il diritto romano e gli sviluppi nell'Europa continentale e anglosassone, nel gioco delle recezioni e delle cripto-recezioni. Un metodo definito storico e comparatistico, finalizzato comunque ad un uso attuale, come suona il titolo di uno dei tanti contributi metodologici del comparatista tedesco: *Usus hodiernus Pandectarum* ⁽²⁶⁾.

Da questo punto di vista se ne parla qui, indipendentemente dai molti o pochi romanisti che in Italia, in tutto o in parte, vi si riconoscono e dall'intento che anima i protagonisti, talora nobile e condivisibile, allorché, ad esempio, quel metodo si dichiara rivolto a sprovvincializzare l'insegnamento. Del resto, le diversità che sarebbe doveroso analizzare sul piano epistemologico ⁽²⁷⁾ hanno appena motivo di essere accennate sul piano della proiezione didattica. Conta poco, sotto tale profilo, che ora si prediliga l'utilizzazione del metodo che si autodefinisce storico-comparatista, ora si preferisca

menta historiae et iuris, LVI, 1990, p. 316 nt. 27. Stesso concetto in R. ZIMMERMANN, *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996, p. 25.

⁽²⁶⁾ Concetti espressi in R. ZIMMERMANN, *Usus Hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, hrsg. von R. Schulze, Berlin, 1991, pp. 79, 88 e *passim*.

⁽²⁷⁾ Ad esempio, all'interno del metodo storico-sistematico la posizione programmatica di Helmut Coing appare attenta al profilo storico, non solo nell'enunciazione teorica (« I want to suggest another and more historical approach... »), ma anche nella scelta delle tematiche da affrontare (concernenti sia istituti giuridici, sia, ad esempio, problemi come « the rationalistic criticism of legal traditions under the impact of the enlightenment of the 18th century » e « the Impact of Industrialisation »), nella concreta modalità di trattazione dei temi (ad esempio per il fedecomesso: v. oltre, nt. 42), nella letteratura esemplarmente indicata a mo' di riferimento della ricerca (Marc Bloch) e nella considerazione delle interrelazioni con altri ambiti storici (e in particolare con la *social history*: H. COING, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization. Possibilities of Comparisons*, in *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: eine Forschungsproject*, hrsg. von H. Coing und K.W. Nörr, Berlin, 1985, pp. 31-41 [cit. a p. 32, 38 e 39]). Entro lo stesso nome, dunque, un'interpretazione assai differente; e del resto per rendersi conto della profonda diversità basterebbe considerare che secondo Coing gli sforzi della ricerca storico-comparatistica dovevano essere corali: se era concepibile che un singolo studioso, pur con molta fatica, potesse ottenere risultati dignitosi con un accostamento di tipo dogmatico-comparativo, solo una ricerca congiunta di vari (o tanti) studiosi poteva ragionevolmente affrontare i problemi richiesti dall'indagine storica. Nessun dubbio che a distanza di un quarto di secolo le notazioni sul tanto che c'è da fare in questa direzione restino ancor valide.

scoprire le “potenzialità” insite nel diritto romano per la comprensione e la costruzione del diritto prodotto e da produrre ⁽²⁸⁾: piuttosto è evidente un livellamento di base nella traduzione didattica dei diversi orientamenti e importa il significato complessivo che va delineandosi per l’insegnamento all’interno dei *curricula* formativi del futuro giurista.

Come si ammette volentieri, le idee non sono ben definite perché si tratta non solo di aprire un campo sterminato ⁽²⁹⁾, ma anche di rivedere lo statuto didattico della romanistica, in presenza, tra l’altro, di pasticciate declaratorie esplicative che provengono dal Ministero. Già non è chiaro se ci si limita al terreno del diritto privato, oppure se, col ricorso magari alla “tradizione romanistica”, il discorso si allarghi all’intera sfera giuridica ⁽³⁰⁾; l’ambiguità è insita nella stessa etichetta del nuovo insegnamento — Fondamenti del diritto europeo — che, priva di specificazioni, sembrerebbe alludere all’intera sfera giuridica ⁽³¹⁾. È comunque ben chiaro che le sperimentazioni didattiche ruotano attorno all’idea che il diritto romano sia la linfa essenziale e il filo conduttore dell’esperienza giuridica che da Giustiniano si protenderebbe fino ad oggi e che perciò costituirebbe il fondamento del diritto europeo, secondo la denominazione

⁽²⁸⁾ GAROFALO, *Giurisprudenza romana*, cit., pp. 190-191.

⁽²⁹⁾ M. MARRONE, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., p. 47; la notazione appare fondata, anche se indubbiamente ha ragione C.A. CANNATA, *Relazione*, ivi, p. 53 a rilevare che la materia di Fondamenti del diritto europeo si inserisce pur sempre in un *curriculum* che dovrebbe prevedere un collegamento tra materie di diritto attuale e del passato.

⁽³⁰⁾ Talora questa estensione è esplicita (ad esempio P. CERAMI, *Intervento*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., p. 83; G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista europeo*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 9), talvolta è implicita (ad esempio, è dato leggere: « alla giurisprudenza romana risalgono molti dei concetti primi del diritto penale oggi vigente in Europa »: GAROFALO, *Giurisprudenza romana*, cit., pp. 148-149). Di solito però l’ambito disciplinare rivendicato all’influenza del diritto romano è più ridotto (ne ha dato conto in più occasioni TALAMANCA, *Relazione*, cit., p. 45 e ID., *Il diritto fra giuristi e legge*, in *Harmonisation involves history?*, cit., pp. 3-6).

⁽³¹⁾ Puntuali notazioni critiche su questa ambiguità in A. MANTELLO, *‘Diritto europeo’ e ‘diritto romano’: una relazione ambigua*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., pp. 93-94.

dell'insegnamento più volte evocato ⁽³²⁾. La vocazione egemonica è palese, tanto da essere rilevata anche dai settori storicisti della stessa romanistica ⁽³³⁾.

Quasi a mo' di corollario, si sottolinea la continuità degli schemi nell'esperienza giuridica occidentale, tra sistemi a diritto codificato o no, tanto che nemmeno il codice rappresenterebbe una cesura — tutt'al più un "oscuramento" del lineare sviluppo ⁽³⁴⁾ — perché espressione di categorie, materie e soluzioni già in uso; su questa

⁽³²⁾ Le sperimentazioni per l'uso didattico apparse negli ultimi anni coprono una gamma che va dal manuale introduttivo (G.L. FALCHI, *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano, 2007) alla trattazione di temi e materie (C.A. CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, I-II, Torino, 2005-2008, il quale argomenta l'opinione che il contenuto del nuovo insegnamento non sia « identificabile con un discorso con carattere generale », bensì debba essere « la proposizione di un metodo di ricerca, e quindi presentare una tematica adatta ad indicare come e dove possano essere individuati i fondamenti dei nostri diritti europei attuali » [I, pp. 2-3]). Per un'altra recente sperimentazione didattica, di Zoz, v. oltre, nt. 34.

⁽³³⁾ TALAMANCA, *Relazione*, cit., p. 39: « I tempi sono ora cambiati. Anzitutto, perché viviamo in una Europa nella quale esistono anche paesi di tradizione non romanistica. In chi sottolinea il valore della tradizione romanistica, si deve vedere anche un più o meno consapevole disegno egemone, in cui i paesi di tale tradizione dovrebbero procedere in sostanziale unità... ». Posizioni fortemente scettiche sulla funzionalità del diritto romano alla individuazione degli elementi comuni del diritto europeo esprime anche MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa*, cit., pp. 57-60 e 81-82 nt. 42.

⁽³⁴⁾ ZIMMERMANN, *Diritto romano e unità giuridica europea*, cit., p. 13. Particolarmente radicale nella linea continuista la recente proposta di M.G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007, ove compaiono affermazioni per cui il diritto romano sarebbe « elemento comune e sostanziale delle legislazioni moderne » (p. 2), la compilazione giustiniana si troverebbe « in un rapporto senza soluzioni di continuità con il diritto vigente » (p. 4), i vari codici (non solo dell'Europa continentale) deriverebbero « per lo più dal *Corpus iuris civilis* e dai suoi sviluppi interpretativi » (p. 6), e ancora i codici sarebbero « opera della *iuris scientia* che adoperò la sua influenza per far trionfare le soluzioni del diritto romano » (p. 12) e assumerebbero in sé « i *principia* del sistema, quasi condensato delle norme che hanno superato la prova del tempo » (ivi). Come ovvio, in questa visione continuista si postula uno sguardo che non si fermi all'oggi ma si protenda verso il futuro (p. 4). Anche TALAMANCA, *Il « corpus iuris » giustiniano*, cit., p. 773 ha affermato che « il *Corpus Iuris* si trova con il diritto attualmente vigente in un rapporto senza soluzioni di continuità », ma con una precisazione importante: « è in questa caratteristica, nella "razionalità", in senso non metafisico, del sistema di soluzione dei conflitti socio-economici, che va trovata l'essenziale continuità fra la cultura giuridica romana e quella dell'epoca nostra » (p. 775).

base si potrebbe attingere dagli ordinamenti di *civil law* e di *common law* orizzontalmente e verticalmente, proprio per il postulato dell'esistenza di un fondo unitario e omogeneo, romanistico appunto, che si potrebbe ridurre a sistema al di là di innegabili differenze di soluzioni⁽³⁵⁾. Suadentemente al giovane giurista in formazione si propone il ripristino del ruolo della dottrina, in una funzione critico-costruttiva che prenderebbe le mosse dal perno della dogmatica romanista. In questo senso l'impostazione dei problemi e la strumentazione per intervenire oggi sarebbero il frutto di un lunghissimo accumulo logico-dogmatico, secondo una visione innegabilmente continuista, anche se ciò non significa affermare la continuità del diritto romano nel diritto odierno⁽³⁶⁾. La continuità è nella impostazione, che si definisce come storico-comparatista ma che è semplicemente dogmatica⁽³⁷⁾; ed è una continuità che può ben ammettere al suo interno soluzioni differenti, che anzi la metodolo-

(35) I due sistemi — di *civil law* e di *common law* — sarebbero « manifestazioni di un'unica esperienza giuridica » e il corifeo di questa impostazione, Reinhard Zimmermann, avrebbe impostato la comparazione « in funzione delle possibilità concrete di osmosi nella pratica, cioè della ricostruzione, o del ritrovamento, di una scienza giuridica europea comune e di un *ius commune attuale* » (così uno studioso italiano che non ha nascosto le sue simpatie per l'orientamento qui discusso: CANNATA, *Usus hodiernus Pandectarum*, cit., p. 384).

(36) C.A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Diritto romano attuale*, 2001/6, p. 160; stesso concetto in VACCA, *Intervento*, cit., p. 256. A volte, comunque, è la stessa dottrina romanistica a dichiarare il proprio fastidio per talune indagini che « appaiono intraprese e orientate in chiave di appositi raffronti tra diritto romano e il regime vigente, in chiave di apposite, e talora continuistiche, segnalazioni di radici, di precedenti, di parallelismi » (FALCONE, *Ricerca romanistica*, cit., p. 14).

(37) Come dice CANNATA, *Il diritto europeo*, cit., p. 318, la storia del diritto è sì necessaria al comparatista che voglia assurgere al rango di scienziato-guida, ma è una storia degli elementi e del problema dogmatico, è una storia di « un materiale costruito da una tradizione di pensiero metodico » e che avrebbe bisogno fondamentalmente del possesso del metodo della giurisprudenza romana. Coerentemente a questa concezione dogmatica della storia, per fare un esempio su un tema particolare, il mio antico e valentissimo maestro di diritto romano ritiene che, da quando — circa un quarto di secolo fa — Santoro ha prospettato la tesi del consapevole uso della categoria generale di contratto da parte di Labeone, questa interpretazione avrebbe rovesciato le vecchie idee sulla storia del contratto, anche per quanto riguarda l'età intermedia e in particolare la dottrina giusnaturalista (C.A. CANNATA, *Usus hodiernus Pandectarum*, cit., p. 398). Io direi che la tesi di Santoro potrebbe rovesciare le vecchie idee solo se si affronta la questione dal punto di vista di una storiografia dogmatica; ma per parlare delle

gia adoperata postula proprio come elementi da comparare nel procedimento.

Si va verso una nuova versione del “sacerdote del diritto”, intento ancora a maneggiare un’arte « dal volto granitico e impene-trabile » (p. 61), o comunque del ministro di una scienza fondata sulla « perdurante centralità del diritto romano »? Verrebbe da rispondere affermativamente, a leggere certi insegnamenti che parlano di un « diritto comune che attende solo di essere riscoperto da un interprete sensibile » e che costituirebbe l’imprescindibile fondamento di ragione che solo ci renderebbe consapevoli di fronte alle regole quotidianamente impiegate ⁽³⁸⁾.

La critica all’atteggiamento che fa leva sul diritto romano come filo conduttore dell’esperienza giuridica medievale e moderna è già stata fatta e non ha risparmiato addirittura lo studioso che, antidogmatico per eccellenza e critico acerrimo delle pretese di attualizzazione del diritto romano, tra i romanisti del Novecento ha forse con più insistenza creduto nella storicità di quel diritto ⁽³⁹⁾. Nessun dubbio che il giurista debba essere educato ad un ruolo critico, ma non si vede perché debba prendere la rincorsa dai sempiterni frammenti del *corpus iuris* ed anzi, come talvolta si invoca, ancora ben prima ⁽⁴⁰⁾. Chiunque sostenga l’intima storicità del diritto non

sistemazioni contrattuali ai tempi di Donello, Grozio e Pufendorf dobbiamo vedere i problemi dal punto di vista di questi autori e non di Santoro.

⁽³⁸⁾ Così GAROFALO, *Giurisprudenza romana*, cit., p. 28, con riferimento in particolare a un autore, Impallomeni, spesso giudicato un anticipatore delle idee oggi di moda, e p. 42.

⁽³⁹⁾ 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*, XVII, 1988, p. 545 ss.; v. anche ID., *Modelli storici*, cit., spec. p. 282 ss. Nel testo si allude alle posizioni di R. ORESTANO, compendiate in un testo — *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987 — che contiene tra l’altro un capitolo (XIV) tuttora di grande forza dedicato al “problema del diritto romano e della sua storicità” (a p. 458 è espresso il riconoscimento che « da Giustiniano a noi il *Corpus iuris* abbia rappresentato l’asse attorno al quale hanno ruotato gran parte del diritto e delle scienze giuridiche dei popoli con esso entrati in contatto », anche se non l’aspetto unico sotto il quale le scienze giuridiche possano essere studiate).

⁽⁴⁰⁾ FALCONE, *Ricerca romanistica*, cit., pp. 9-10 e soprattutto 13: « è vero che la cd. base romanistica degli ordinamenti giuridici continentali è in massima parte frutto di un costante travaglio interpretativo che per secoli si è cimentato sui testi del *Corpus iuris*.

può non vedere la palese forzatura insita in tale atteggiamento, che non di rado rischia di rivelarsi un elemento di complicità rispetto alle concrete esigenze di costruzione del diritto europeo: ove “concrete” non significa “inconsapevoli”, solo perché non formulate con la rincorsa lunghissima (e peraltro selettiva e monca) che parte dal diritto romano; e nemmeno significa cieco abbandono a concezioni amorfe e fondate su un primitivo legicentrismo dell’ordinamento. Né l’aspirazione alla concretezza equivale di per sé al nichilismo, evocato come uno spettro dalla metodologia dogmatica, che però dal canto suo si mostra impotente a contrastarlo.

Forse, per educare ad un ruolo critico, converrebbe cominciare a mostrare la relatività storica del ramo di scienza che si maneggia (41). In caso contrario, come nota Pio Caroni, manca semplicemente la storia: è il “naufragio” della storicità, come si intitola lo specifico saggio contenuto in questa raccolta. Se si passa a concepire la storia giuridica come storia degli istituti, inevitabilmente l’attenzione si volge verso schemi colti nella continuità di lungo periodo, dotati di una vocazione legittimante a tutta prova (p. 184), muniti dell’« inconfutabile certezza che la dogmatica attuale affonda le sue radici nell’antichità » (p. 78), provvisti di una vita loro ma in fondo atemporali e perciò privi di vita (pp. 61 e 144 nt. 96). Tutt’al più questo modo di vedere ci dice se un certo schema si è perso nella storia, caduto in disuso o abrogato, ma non è interessato ad addentrarsi su motivi e modalità (e lotte) che si accompagnano alla scomparsa. Eppure la conoscenza di questi aspetti sarebbe utilissima per comprendere assetti successivi, magari contrastanti con il vecchio istituto scomparso. Si pensi al fedecommesso, che già intriga lo storico perché travalica lo stretto ambito delle successioni, a cui

E tuttavia il giurista (*tout court* o ‘europeo’ che sia), se realmente è chiamato a comprendere criticamente e a continuare ad orientare, anziché solamente a registrare in veste notarile, il flusso giuridico esistente o costituendo, con tutto ciò che vi sta sotto e prima, non può venire addestrato solo con il dato conservato nella Compilazione giustiniana (e rielaborato nei secoli successivi). Affondare lo sguardo ben più indietro... ». Ma, vien da chiedersi, non dovrebbe essere il compito di un altro insegnamento, quello della storia del diritto romano?

(41) « Lo storico del diritto è [o forse: dovrebbe essere] — per sua indole — un relativizzatore e un demitizzatore » (P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI/1, 2002, p. 42).

dogmaticamente appartiene, interessando pregnantemente anche l'assetto della famiglia e la condizione dei diversi membri, la proprietà e il mercato. Come è noto, il dibattito sul fedecommesso fu vivissimo tra i legislatori e gli uomini di governo, nella letteratura commerciale e tra gli illuministi; molte tracce si ritrovano anche nei romanzi e nelle opere teatrali del tempo. Ma come insegnare tutto questo al giurista in formazione se ci si limita all'asettico riferimento all'istituto delle sostituzioni ereditarie (42)?

Proprio perché manca la dimensione della storicità assistiamo ad alcuni curiosi atteggiamenti, che rappresentano altrettante manifestazioni di inaccettabili semplificazioni. Un quadro complessivo critico di tali semplificazioni è già stato tracciato e non occorre delinearlo di nuovo qui (43); solo sembra il caso di proporre qualche osservazione sparsa che sorge spontanea all'occhio dello storico.

Ci sono interi periodi o correnti culturali o soggetti di cui l'indirizzo 'neopandettistico' si disinteressa a priori. È il caso dell'età altomedievale e in genere di quel filone di esperienza giuridica consuetudinaria che si addentra ben all'interno anche dei secoli successivi. L'emarginazione o la sottovalutazione riguarda culture e aspetti per così dire eterodossi, come *le droit coutumier* e le correnti giusnaturaliste (44), e, in sostanza, l'intera età illuminista, evidentemente reputata popolata da non giuristi o da sconsiderati critici del

(42) Per una ben provveduta prospettazione di indagine storico-comparatistica sul fedecommesso v. COING, *Common Law and Civil Law*, cit., p. 37.

(43) Una critica puntuale alle semplificazioni di questa corrente romanistica è in A. MAZZACANE, « *Il leone fuggito dal circo* »: *pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, 29, 2001, pp. 97-111 e in MANTELLO, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, cit., p. 97 ss. Nel discorso che segue si tralascia qualunque rilievo sugli "errori" (ad esempio, collocazioni di opere errate di oltre un secolo) che costellano non di rado l'indirizzo qui discusso: s'intende che la responsabilità è personale e che degli errori risponde il singolo autore e non l'orientamento a cui questi si richiama, ma l'impressione è che non si tratti di segni di ignoranza, bensì di una scarsa attenzione attribuita alla cronologia e quindi alla storia.

(44) Compare invero un giusnaturalismo di maniera, che ignora i diversi filoni riconosciuti dalla storiografia e dalla teoria del diritto: come è ovvio, dato l'intento a estrapolare passi e la visione complessiva che tramuta i vari autori presi in considerazione in altrettanti "romanisti" più o meno originali. Peccato che Hobbes studiò il diritto solo alla fine della sua vita (gli era utile per difendersi dalle accuse di ateismo) e che Pufendorf non volle mai laurearsi in diritto.

diritto romano: elementi di rottura, per definizione in contrasto con l'ideale della continuità a cui quell'indirizzo aspira ⁽⁴⁵⁾. Addirittura escluso programmaticamente dalla considerazione è lo Stato: soggetto imbarazzante come luogo di scontro e di mediazione, prodotto e a sua volta produttore di cultura (non solo giuridica) e di diritto (in molteplici forme e non solo attraverso la legislazione). Inutile dire che la sua presenza, ora debole ora forte, ora munita di una scarsa autonomia, ora provvista di robusta ideologia, abbia caratterizzato la storia giuridica, eppure su di essa il silenzio regna sovrano: *tamquam non esset*.

Questo ci porta ad una ulteriore osservazione, concernente la selezione delle fonti: si considera esclusivamente il diritto giustiniano e magari il prediletto Digesto e i suoi interpreti: come se il complicato intreccio di norme, e certo non disposte su un piano gerarchico (pp. 146-147), non costituissero un dato giuridico essenziale del passato. E che dire poi della pretesa di ridurre il diritto medievale alla semplice "matrice romanistica", senza minimamente considerare il diritto canonico (si sa, poco incline ai dogmi) ⁽⁴⁶⁾? Difficile, molto difficile, ridurre le complesse trasformazioni e continue innovazioni che caratterizzano l'esperienza giuridica in Europa tra Medioevo ed età contemporanea a mero « reimpiego, anche se non sempre consapevole, di elementi preesistenti, per non piccola parte provenienti dai testi dei *prudentes* trasmessi dal Digesto » ⁽⁴⁷⁾. Il dominio diviso forgiato dalla prassi e sistemato dalla dottrina medievale e la proprietà giusnaturalistico/fisiocratica: semplici riutilizzazioni, magari poco consapevoli, del diritto romano?

Le conseguenze di un tale atteggiamento sono notevoli.

⁽⁴⁵⁾ Ben appropriata l'osservazione che Ranieri ha rivolto a un'opera altamente rappresentativa dell'indirizzo qui in esame come *The Law of Obligations* di R. Zimmermann: « das französische Ancien droit und das Recht der naturrechtlichen Kodifikationen (code civil und ABGB) werden hier nämlich zu wenig berücksichtigt. Die "Civilian Tradition", auch die gemeinrechtliche, ist jedoch weit mehr als das Recht der Pandektisten » (F. RANIERI, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, cit., p. 100 nt. 22).

⁽⁴⁶⁾ Non sembra sufficiente risolvere il problema rilevando semplicemente "l'impronta romana" del diritto canonico (così, ad esempio, PUGLIESE, *Aspetti del « diritto comune europeo »*, cit., pp. 1079 e 1088 nt. 25).

⁽⁴⁷⁾ GAROFALO, *Giurisprudenza romana*, cit., p. 4.

Vengono infatti trascurate aree territoriali (ad esempio, Venezia) (p. 99), semplicemente perché considerate non omogenee all'assunto di partenza. In effetti si riconosce che « la *Dogmengeschichte* non corrisponde alla storia politico-istituzionale dei diversi territori » (48); ma i territori, con le rispettive diversità, devono comunque essere assunti come parte integrante dell'esperienza giuridica e dunque come oggetto di studio, senza che per questo lo storico del diritto si trasformi in geografo.

Vengono inoltre tralasciati i settori ove prioritariamente si affermano i *mores* o la legislazione del sovrano. Qui l'attenzione dello storico dovrebbe tener conto di ambiti (la prassi e l'economia), di motivi (la ragion di Stato, la potenza economica) e di riflessioni dottrinali elaborate per sfere diverse (la teologia morale, per esempio) che prepotentemente irrompono come espressioni di nuovi problemi, di nuovi soggetti e di nuove ideologie, complessivamente concorrenti anche a strutturare il diritto. Così accade per materie come il diritto *inter gentes*, che si forma attorno alle nuove entità statuali e assume quali nuclei il problema della guerra e quello delle rappresentanze permanenti (ambasciate), e come il diritto pubblico, che si forma in gran parte fuori dai canali universitari. Ma così anche per materie che riguardano il diritto dei privati, dai rapporti di lavoro alle conduzioni agrarie, dall'attività di commercio al matrimonio e alla famiglia. Inutile continuare. Dal canto suo un autore che per tutta la sua vita coltivò essenzialmente il diritto dei privati e che era un fiero avversario dei 'pragmatici', Giovanni Battista De Luca, ci dà un elenco, forse un po' scolastico ma comunque impressionante, delle materie privatistiche per cui nella prassi il diritto romano era totalmente accantonato (49). Non diversamente procedevano la *practica nova* e i giusnaturalisti fioriti tra Sei e Settecento, ora impostando una critica radicale al *ius obsoletum*, ora facendo leva sui *mores hodierni* e sulla legislazione del sovrano, ora ancora

(48) VACCA, *Intervento*, cit., p. 256.

(49) Le posizioni del De Luca si inquadrano, come è noto, nel processo di nazionalizzazione del diritto comune, di cui in Italia egli fu un lucido lettore: v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, pp. 297-315.

ridisegnando l'intero sistema giuridico ⁽⁵⁰⁾. Nessun dubbio, in definitiva, che lo storico, per occuparsi di diritto, debba seguire necessariamente molte piste, senza lasciarsi catturare dal lessico persistente ⁽⁵¹⁾, né dalla grammatica comune ⁽⁵²⁾: se si occupa, ad esempio, dell'istituto familiare, non potrebbe trascurare le regole contenute nei manuali dei confessori, o le sessioni del Concilio tridentino o il testo dei Concordati, o le posizioni delle Chiese nazionali, e così via.

Ulteriori osservazioni scaturiscono poi in merito alle fonti civilistiche adoperate, per quanto riguarda sia la dottrina utilizzata, sia il modo in cui è utilizzata. Scarsissimo è l'interesse per la dottrina più legata alla prassi e per le forme concrete in cui essa si trasmette e applica ⁽⁵³⁾. Per le obbligazioni contrattuali, ad esempio, i sempiterni Domat e Pothier (quasi sempre allegramente accomunati in una linea di continuità che prescinde non solo dalle rispettive collocazioni, ma dalle opere), magari con l'aggiunta di qualche giusnaturalista, qualche esponente della scuola olandese (Vinnius, Voet; già più difficile incrociare Huber), e infine qualche italiano specificamente dedicatosi al tema esaminato (Mantica, magari). Im-

⁽⁵⁰⁾ Sul punto maggiori riferimenti in I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi e insegnamento, in Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a c. di I. Birocchi e A. Mattone, Roma, 2006, pp. 17-71. Ben fondate le considerazioni di MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., pp. 44-46.

⁽⁵¹⁾ Indimenticabile la critica di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, p. 83 nt. 79, opportunamente ricordata da R. SAVELLI, *In tema di storia della cultura giuridica moderna: "strade maestre" e "sentieri dimenticati"*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 109 nt. 34 (altre considerazioni condivisibili a p. 102).

⁽⁵²⁾ Che, s'intende, è un dato di fatto (vi insiste, ad esempio, ZIMMERMANN, *Diritto romano e unità giuridica europea*, cit., p. 7); ma ha perfettamente ragione MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., p. 39 a criticare l'esercizio dell'*ars combinatoria* tra concetti di varia epoca, volta a dimostrare l'esistenza di una continuità tra Roma e il presente.

⁽⁵³⁾ Vale il grido di W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht — aber was ist es?*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, XV, 1993, p. 231, sollevato in sede di discussione dell'*Europäisches Privatrecht*, I-II, di Coing e del *Law of Obligations* di Zimmermann: « Von der Praxis und den lokalen Rechten gar nicht zu reden! ». Faccio mie le considerazioni di SAVELLI, *In tema di storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 138-139, 156 e *passim*.

possibile, ovviamente, trovare non solo le risposte, ma semplicemente le domande sul *perché*, ad esempio, Domat dia una certa sistemazione al problema della causa, o dei contratti reali, *attraverso quali letture* di autori precedenti (non tutti giuristi!), condizionato da *quali ideologie* (l'etichetta di giansenista è tanto ripetuta quanto concretamente non tenuta in conto), in vista di *quali rapporti sociali*. Verrebbe da aggiungere che, se è sempre lecita (ed è del resto arbitraria) la selezione della dottrina da esaminare, gli autori di volta in volta citati dovrebbero essere trattati come figure che operavano con specifiche qualità professionali in un certo contesto sociale e culturale: da giuristi, appunto, e non da fantasmi dotati della misteriosa attitudine a costruire dogmi⁽⁵⁴⁾. E si dà il caso che il giurista — anche il Domat in carne ed ossa operante a Clermont e a Parigi — impostasse i suoi problemi e li risolvesse nel contesto spaziale e temporale di appartenenza. In questo modo si potrebbe spiegare perché le posizioni del pio magistrato, che nella monarchia di Luigi XIV, intervenendo in particolare su un settore non investito dall'ondata di *ordonnances* del re-Sole, contribuiva a unificare e irrobustire il diritto privato vigente in Francia conferendogli anche un'aureola di eternità per la supposta derivazione naturale, divergessero totalmente da quelle di un Thomasius o di uno Stryk, che a Halle, quasi in contemporanea, edificavano un altro diritto nazionale, fondato sul buon senso, sui *mores* e, addirittura (almeno nel caso di Thomasius), su una morale individuale borghese⁽⁵⁵⁾. Come suona l'appassionato appello di Pio Caroni (p. 194), anche per il magistrato francese è impossibile, a pena di lasciare incomprese le sue ricostruzioni, ignorare le implicazioni politiche, sociali, economiche e culturali del discorso giuridico: si rischierebbe, ad esempio, anche solo per restare in ambito dogmatico, di scambiare per errori

(54) Fantasmi assurdamente dialoganti tra loro, quasi che Rogerio e Piacentino, Domat e Windscheid fossero «personaggi di un'unica scena storica»: come rileva, implacabilmente critico, Dario Mantovani, «il rischio è di costruire *a posteriori* un dialogo, che non avvenne mai, e di comporre una storia solo a livello dei dotti, senza la verifica dell'effettiva diffusione e influenza delle loro idee, nella pratica e nelle giurisdizioni, che, come sanno bene gli storici del diritto medievale e moderno, è dimensione costitutiva della storia» (MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa*, cit., pp. 68-69).

(55) Come, a prescindere dai risvolti penalistici, è reso evidente dalle posizioni di Thomasius in tema di contratto e di famiglia.

e travisamenti del diritto romano ciò che Domat propone consapevolmente nel suo sistema fondativo del diritto privato vigente (e dal suo re fu proprio chiamato a questo) ⁽⁵⁶⁾.

Su almeno un altro punto sembra ancora di dover criticare il discorso semplificatorio e continuista, che pretende di disporre tutta l'esperienza giuridica attorno all'ininterrotto filo romanistico: il silenzio sul costituzionalismo, certamente non interpretabile come ennesima epifania del diritto di Giustiniano ⁽⁵⁷⁾. Qui si parla sia del costituzionalismo fiorito nel corso del Settecento, e dunque come teoria di un ordinamento in cui il cittadino è considerato dotato di diritti uguali, riconosciuti e garantiti dallo Stato, sia del costituzionalismo democratico delle costituzioni rigide dell'ultimo dopoguerra. Ed è appena il caso di notare che l'espansione della carta dei diritti a partire dalla Dichiarazione universale del 1948 non fa che rendere irrealistica la pretesa di procedere alla costruzione del futuro diritto europeo sulla base del diritto romano e della sua successiva "tradizione" ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ In un denso e critico intervento, che non risparmia tanta parte dell'odierna romanistica italiana e che, mentre riconosce francamente le rotture storiche, rigetta ogni impostazione continuista e artificialmente unitaria del lavoro dello storico, Capogrossi riconosce la necessità di possedere l'intelaiatura di conoscenze entro cui collocare le costruzioni giuridiche: ma solo « dopo e non prima... » (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Intervento*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 286). Mi permetto di dissentire. Mi pare che nel bagaglio dello storico del diritto non ci sia un 'prima' e un 'dopo': l'esortazione, del tutto condivisibile, dell'illustre romanista a mettere al centro i problemi giuridici può trovare una risposta solo adoperando contemporaneamente la strumentazione storica e quella giuridica. Dal mio punto di vista l'obiettivo dovrebbe essere quello di una felice confusione tra le due strumentazioni, in modo da realizzare un accostamento coerente alle tematiche da affrontare: l'accostamento storico-giuridico, appunto.

⁽⁵⁷⁾ Contro un orientamento corrente nella romanistica odierna, una pagina molta bella sul significato del costituzionalismo e sulla crisi dell'idea di "tradizione" ha scritto A. CORBINO, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., spec. pp. 66-68.

⁽⁵⁸⁾ Nell'accingersi alla esposizione della sua teoria assiomatica del diritto, così esordisce FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I, pp. 7-8: « L'assunzione del diritto moderno come oggetto privilegiato della teoria comporta l'analisi della sua "positività", cioè di una serie di principi strutturali che ne fanno, nei suoi diversi settori, una formazione storico-istituzionale *radicalmente diversa da ogni altra formazione del passato* ». E l'autore subito di seguito precisa e argomenta che tale diversità riguarda non solo la costruzione

A questi rilievi critici si può rispondere radicalmente, e cioè senza entrare nel merito, con una obiezione: poiché non stiamo trattando in questa sede di una metodologia da applicare in campo scientifico bensì in quello didattico, l'accostamento semplificante potrebbe essere appropriato. Non è forse vero che l'arte dell'insegnamento si fonda sulla sintesi, sulla logica, sul metodo e aborre il procedere disordinatamente? E come dar conto delle linee fondamentali che interessano il mondo del diritto inseguendo fonti e forze dispersive e legate alle contingenze della politica e senza far leva sulle sole direttrici in grado di interpretare ordinatamente le cose, ovvero quelle prodotte dalla riflessione della dottrina?

Obiezione dotata di una propria dignità, ma certo del tutto estranea allo statuto dello storico, anche dello storico del diritto: che pure quando svolge la funzione didattica non appiattisce, bensì distingue; e non dimentica che rientra nel suo mestiere guardare le cose oltre che le forme (giuridiche), cimentarsi con le tante voci e forze che popolano questo mondo e che concorrono a forgiare regole e istituti giuridici⁽⁵⁹⁾. Non significa precludere "incursioni" dei romanisti al di fuori del perimetro cronologico coltivato dalla giusantichistica: preclusione che sarebbe un'assurda pretesa di gestione monopolistica degli spazi di ricerca storica. Converrebbe comunque attrezzarsi rispetto ad avventure pericolose: i "salti mortali" da Giustiniano a domani sono obiettivamente difficili⁽⁶⁰⁾.

del diritto penale, del diritto procesuale penale, del diritto pubblico costituzionale e amministrativo, ma anche del diritto civile codificato in quanto « basato sulla parificazione giuridica di tutti gli esseri umani quali soggetti ugualmente dotati di personalità, capacità giuridica e d'agire, libertà e diritti civili e, almeno in via di principio, sulla subordinazione alla legge dei poteri privati di autonomia » (corsivo mio).

⁽⁵⁹⁾ Come dice MANTELLO, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, cit., p. 108.

⁽⁶⁰⁾ « Non possiamo fare, come qualche volta si usa per motivi diversi, il salto da Giustiniano ad oggi. È un salto mortale e, generalmente, mortifero » (TALAMANCA, *Relazione*, cit., p. 41); passo da ricollegare a quanto più oltre lo stesso autore afferma a proposito della problematica ricostruzione della "tradizione romanistica" in collaborazione con gli studiosi dell'età medievale e moderna (p. 43). Appare cosciente del "salto mortale" L. VACCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, che sostiene l'autonomia delle varie discipline (in particolare del diritto romano e del diritto medievale e moderno): « il romanista non possiede le conoscenze e lo strumentario tecnico interpretativo dello storico del diritto medievale e

Ma non è il caso di soffermarsi oltre. Solo una domanda, prima di passare alla parte propositiva delle posizioni di Pio Caroni. Come mai su questi problemi in Italia il dibattito ha solo occasionalmente interessato gli storici del diritto medievale e moderno ⁽⁶¹⁾?

Si può ipotizzare qualche possibile chiave di comprensione, lasciando al lettore il giudizio. Forse gioca la già rilevata riluttanza ad affrontare questioni di metodo. Probabilmente opera una scarsa abitudine al dibattito franco o aspro, o magari un malinteso amore per la pace con chi è naturalmente sentito come un compagno di viaggio nelle Facoltà di Giurisprudenza. Può inoltre incidere una sensazione di disinteresse per un atteggiamento che si pone fuori dallo statuto dello storico del diritto. Forse ancora influisce la debolissima volontà di chiarire il proprio ruolo tra storia e diritto: ci si appaga di quella sorta di esorcismo che risolve il problema in una insistita quanto poco convinta (sembra) professione di fede: vale a dire il sentirsi arruolati nel ceto di giuristi.

4. Che fare? Come sostenere la presenza della storia giuridica nei *curricula*, senza rifugiarsi nella sterile ipotesi contemplativa, né

moderno, e ovviamente, al contrario, lo storico spesso non può cogliere appieno la struttura e la costruzione concettuale delle fonti romane » (p. 62). Da qui la proposta di collaborazione tra i diversi studiosi (sostenuta anche da A. BURDESE, *Presentazione*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. XI), ognuno dei quali, sembra di capire, dovrebbe mantenere il proprio statuto (lo afferma esplicitamente CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo"*, cit., pp. 14, 17 e 20-22): con i conseguenti problemi di rapporti che non sempre sono nitidamente presenti (come denuncia MANTELLO, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, cit., p. 94). Vi è anche chi, invocando sforzi congiunti e pur cosciente delle "insidie", ritiene che si debbano spezzare le paratie fra le discipline al fine di non far lasciare incomunicanti i segmenti di indagine (R. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, ivi, p. 48). Sul punto si tornerà oltre, nel § 4.

⁽⁶¹⁾ Un segno per tutti: il passaggio inosservato, come fonte di recensione nelle principali riviste della disciplina o come spunto per una discussione pubblica, di un libro 'scandaloso' — perché teso a decostruire interpretazioni comuni — come quello di P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005: oggetto, naturalmente, di ampio esame da parte di romanisti e comparatisti. È un segno che riguarda per la verità lo statuto scientifico della disciplina, ma che, proprio perché si tratta di silenzio, manifesta un significato anche sui profili didattici.

pensando ancora di fare breccia con la vecchia idea della storia maestra di vita?

Caroni sostiene una storicità integrale del diritto: « la storia è la vita, la struttura del diritto » (p. 123). Egli riporta, cioè, il diritto al tempo: parla del diritto vigente e ne sostiene la sua storicità proprio perché si tratta di una lettura di un fenomeno sociale, che non si immobilizza, positivisticamente, nella lettera della legge; ed è una lettura che, mentre mantiene un « suo specifico, inconfondibile profilo » (p. 128), necessariamente sconta i dati in base ai quali la norma è data o posta, nonché le variazioni culturali che nel corso del tempo si applicano alla norma stessa; sconta anche lo scivolare dall'oralità alla scrittura (p. 66): un testo è fermo e immobile, mentre il diritto, vivendo nella storia, è mobile.

A questo punto occorre almeno accennare a una questione, che le pagine di Caroni ci propongono e che dorme quasi sempre in Italia nei dibattiti tra gli storici del diritto: quale è lo statuto, l'oggetto e il metodo della nostra disciplina? Sembra ci si appaghi, in proposito, del semplice rilievo che il legislatore ha decretato l'appartenenza della storia del diritto alla famiglia delle scienze giuridiche e ne ha anche stabilito l'articolazione in due raggruppamenti disciplinari rispettivamente riferiti alle materie romanistiche e al diritto medievale e moderno (ius/18 e ius/19, secondo la denominazione dell'attuale ordinamento universitario).

Il legislatore ha indubbiamente operato una scelta chiara, ponendo sotto la bandiera del diritto le storie giuridiche, in omaggio alla concezione — traballante, ma per fortuna ancora persistente — della *unitarietà della scienza giuridica* ⁽⁶²⁾; altra cosa è la questione dei metodi e degli statuti secondo cui il diritto e quelle storie si studiano e, ciò che qui interessa, si insegnano. Nessuna presunta unicità del metodo giuridico tra chi affronta le discipline del diritto vigente e chi maneggia quelle storiche, in nome, magari, dell'autonomia del discorso giuridico. La scienza del diritto esprime, sì, un sapere specifico e una visione del mondo autonoma, e tuttavia

(62) È il tema focalizzato da M. FIORAVANTI, *La storia del diritto nella formazione del giurista. Il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., pp. 85-94; vi insiste anche GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, cit., pp. 20-21.

l'unitarietà della scienza giuridica non solo tollera, ma anzi postula statuti differenti delle varie discipline che afferiscono alla formazione del giurista.

Forse bisognerebbe ricordare che tra i giuristi che ci proponiamo di formare nell'Università di massa odierna vi è il tanto disprezzato funzionario che opera negli uffici della Commissione europea, di solito additato con l'espressione "il burocrate di Bruxelles"; vi è il giovane avvocato, forse più versato nei brocardi latini che nell'inglese e nel francese, che intende esercitare in qualche studio professionale; vi è ancora il dirigente di impresa che, se ha bisogno di capacità organizzative e conoscenze finanziarie oggi purtroppo prevalentemente attinte da percorsi d'Ingegneria, dovrebbe essere nutrito anche di una robusta formazione giuridica. C'è in realtà (e per fortuna) una gamma immensa di utilizzazioni. La domanda perciò è: di quale formazione ha bisogno questo giurista che ormai non rientra più nelle figure classiche professionali o burocratiche prodotte dall'Università ottocentesca e che tuttavia, per essere tale, ha bisogno di un abito teorico e di una capacità interpretativa che lo rendano complessivamente abile ad operare nella pratica ⁽⁶³⁾?

Non rientra certamente tra i requisiti essenziali richiesti dai bisogni formativi che tutti i professori di una Facoltà di Giurisprudenza debbano essere giuristi ⁽⁶⁴⁾; è un fatto, inoltre, che, senza violazione di alcuna norma, ci siano storici del diritto e, francamente, anche di grande livello, che non hanno avuto una formazione giuridica.

La questione è dunque non di etichetta, ma di statuto di

⁽⁶³⁾ È un tema affrontato sotto molte angolazioni in Italia negli ultimi anni, a cominciare dalle notissime posizioni di N. Irti su una formazione tesa a "sapere" o a "saper fare". Molte le discussioni, soprattutto dei romanisti, sui nuovi scenari che riguardano l'insegnamento rivolto al 'giurista' odierno: basti citare PEPPE, *Alcune riflessioni sulla storia del diritto*, cit., spec. p. 83 ss., M. TALAMANCA, *La storia*, in *Manuale di diritto privato europeo. I. Fonti persone famiglia*, a c. di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 53 ss. e V. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere ed apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2008.

⁽⁶⁴⁾ Ovviamente con pari dignità: nessuna Facoltà di Giurisprudenza oggi potrebbe permettersi di considerare come cenerentola la materia economica, come non di rado (e senza giustificazioni) capitava una volta.

ciascuna disciplina in realazione ai propri compiti didattici. Ebbene, sembra si possa affermare che tale statuto si forma storicamente e si rinnova sia in rapporto con le altre discipline sia in rapporto all'oggetto che studia e insegna, in un processo continuo che in nessun caso può essere determinato dall'esterno (in ciò consiste, appunto, l'autonomia disciplinare). Questo vale anche per la storia del diritto, rispetto alla quale quello statuto si precisa ulteriormente a seconda delle finalità per cui l'insegnamento è previsto (qui, come detto, ci si riferisce solo alle Facoltà di Giurisprudenza, ma è il caso di ricordare che in Italia la storia giuridica medievale e moderna si studia anche in diverse Facoltà di Lettere e di Scienze politiche).

Un punto, sembra, dovrebbe stare fermo, secondo l'insegnamento di Wieacker: « la storia giuridica — come ogni storiografia — è scienza del particolare (*idiografica*, si direbbe), cioè essa ha a che fare con circostanze e situazioni singolari del passato. ... Al contrario sistema dottrina e concetti (strettamente intesi) — e cioè la dogmatica propria di ogni concreto ordinamento vigente — non possono essere oggetto di un'esposizione idiografica: come tali essi non hanno storia » (65).

In questo ambito lo storico del diritto non ha il compito di fornire la *notitia rerum praeteritarum*; né ha il ruolo di alimentare quel piccolo serbatoio culturale, nel quale un legislatore sbrigativo con l'acquiescenza di una parte dell'Accademia intenderebbe probabilmente relegarlo, quasi che la storia fosse un elemento aggiuntivo o correttivo della tecnica giuridica (66). La sua funzione è invece quella dell'interprete e dovrebbe educare a interpretare. Occorre allora tener conto che nel tempo e nello spazio la produzione del diritto, i suoi linguaggi, il modo di intenderlo sono profondamente diversi e di volta in volta lo storico che interpreta deve calarsi nel contesto che va affrontando. Avrà a che fare con sistemi deontici nei quali le regole giuridiche non sempre — e talvolta, di rado — erano distinte dalle altre e comunque si confronterà con ordinamenti non

(65) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, (trad. ital. della II ediz., 1967), Milano, 1980, I, p. 9 e nt. 14.

(66) Considerazioni notevolissime in C. PETIT, *El romano de Pompeyo o hic sunt leones*, in *Anuario de historia del derecho español*, LIX [ma LX], 1990, pp. 593, 599 e *passim*.

raffigurabili secondo il paradigma “positivo”, bensì “misto”, di stampo consuetudinario, dottrinario, giurisprudenziale e legislativo: ordinamenti “non positivi”, appunto, ovvero di *diritto premoderno* ⁽⁶⁷⁾.

Va da sé che per leggere quell’universo occorre l’acquisizione degli strumenti appropriati. Lo storico del diritto medievale e moderno non è semplicemente un giurista che si occupa del diritto del passato anziché del presente; non solo, ma per leggere l’universo del diritto del passato si è dovuto specializzare anche rispetto a un altro storico del diritto, il romanista. Infatti lo strumentario, che prima della distinzione avvenuta nel secondo Ottocento era patrimonio comune del giusantichista e dell’italianista, si è andato a mano a mano differenziando nel progredire delle ricerche e nel mutare dell’oggetto. Oggi, come storici del diritto chiamati a riflettere su segmenti storici tanto vari, l’antichista e il medievista-modernista maneggiano differentemente anche il *corpus iuris*, che pure è indubbiamente una fonte condivisa. E se poi lo storico si sofferma — lo può certamente fare, specialmente in un corso “avanzato” — sulle forme giuridiche dello scambio nel diritto “indiano” e non si vuole fermare alla normativa data dalla monarchia spagnola nel 1680, dovrà tener conto di una cultura antropologica, studiare testimonianze eterogenee e per così dire poco ortodosse, guardare anche a mentalità e precetti forgiati dalla religione e così via, e naturalmente proietterà questo complesso di segni nella trasposizione didattica del tema affrontato. Col che non avrà minimamente annegato l’oggetto della sua attenzione entro un indistinto mare culturale, nel quale il giuridico si perderebbe: avrà semplicemente tenuto conto della specificità del suo tema, che non può essere trattato solo entro un ristretto e “positivo” ambito di fonti ⁽⁶⁸⁾. Lo stesso avverrà, *mutatis mutandis*, se affronterà a lezione il tema della *fidelitas* nel rapporto

⁽⁶⁷⁾ Così FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I, p. 105.

⁽⁶⁸⁾ Se l’esempio addotto venisse giudicato provocatorio per la sua distanza dai ambiti tematici più comunemente battuti, si potrebbe rispondere che in generale l’insegnamento della storia del diritto medievale e moderno non ha confini spaziali (occorre prendere atto che il riferimento “italiano” è caduto con tutte le sue conseguenze); e comunque il discorso fatto nel testo varrebbe anche se, per fare un esempio riferito ad argomenti tradizionali, si affrontasse il tema del *mundio* o della *gewere* in diritto longobardo.

feudale, ove dovrà spiegare come nella relazione personale, a connotare l'obbligazione, si andassero enucleando concetti quali l'incolumità e la sicurezza: una enucleazione avvenuta nella prassi contrattuale, inspiegabile senza il riferimento alla condizione delle parti e organizzata dalla cultura del tempo. In proposito potrebbe essere strumento utile leggere agli studenti la lettera di Fulberto di Chartres, poi travasata nei *Libri feudorum*, nella quale si definivano i contenuti della *fidelitas* e si discuteva del suo carattere uni- o bilaterale. Ecco: Fulberto filtrava la prassi, e la storia giuridica del feudo non può prescindere, indipendentemente dal fatto che si possa etichettare la sua riflessione come dottrina giuridica, in un tempo in cui non c'erano scuole di diritto.

Che a sua volta, così operando, lo storico del diritto agisca o meno da "giurista" a me pare indubbio, ma è questione a cui sembra inutile rispondere ⁽⁶⁹⁾; importa che faccia e bene, con gli strumenti richiesti dal proprio statuto, lo storico del diritto proponendo un insegnamento utile al giurista in formazione.

In quest'ottica l'annosa *querelle* se la storia del diritto rientri nell'ambito delle scienze storiche o invece del diritto sembra da porsi a sua volta in una luce storica, non essendo ipotizzabile uno statuto ontologico della disciplina. Ferma restando la libertà di interpretare in varia forma i propri compiti secondo un sano spirito

⁽⁶⁹⁾ Tutta la mia simpatia per le posizioni espresse da E. TAVILLA, *Intervento*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., pp. 263-265. Si potrebbe addurre che, se c'è ovvia connessione tra la preparazione di chi esercita un'ars e chi ne fa la critica (o, il che è lo stesso, la storia), non sussiste la necessità della loro coincidenza: non risulta che lo storico del cinema debba essere un cineasta, né che lo storico della pittura debba essere un pittore, né che l'archeologo debba essere un ingegnere o un architetto. Ma ciò che vale, in generale, per tutte le arti opera anche per l'*ars iuris*? Si risponde usualmente di no, e dunque lo storico del diritto dovrebbe essere un giurista perché il discorso giuridico ha come sua intima caratteristica l'autonomia, quale universo artificiale di segni, categorie e linguaggi specifici. Verissimo, ma anche l'autonomia del discorso giuridico si è enucleata storicamente (e non per vie rettilinee!), come ben rileva FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I, pp. 846-848 e II, pp. 30-36; e si ha l'impressione che se ne dovrebbe tener conto allorché si considerano le competenze e lo strumentario necessario allo storico del diritto quando svolge il proprio mestiere, che consiste in fondo nel ricostruire le vicende complesse di questa autonomia. Mi pare, insomma, che una assolutizzazione dei requisiti formativi per l'esercizio del mestiere sia, oltre che poco realistica, anche teoreticamente dubbia.

relativistico che riconosce a tutti la libertà di insegnamento, conta la coscienza che nel suo complesso la disciplina ha di sé. La storia stessa serve a forgiare questa coscienza e non certo per riproporci impronte da ricalcare: oggi, ad esempio, possiamo utilmente rileggere le famose considerazioni di De Francisci su *Dogmatica e storia nell'evoluzione giuridica* (1923) solo se le guardiamo con il distacco e l'occhio critico dello storico ⁽⁷⁰⁾.

Si è parlato di autonomia e di statuti disciplinari. Ma questo non significa che le specializzazioni disciplinari, nel campo delle scienze umane, debbano essere intese come steccati che dividono; al contrario esse possono ragionevolmente essere utili se presuppongono permeabilità e aperture.

Tutto ciò, tra l'altro, implicherebbe un colloquio costante dello storico del diritto con le attigue discipline storiche; e questo proprio nello svolgimento delle sue funzioni di insegnamento. Lo rileva con insistenza molto appropriata Caroni (saggio III), sottolineando che tale dialogo deve essere non occasionale, bensì sistematico (pp. 130-131). È un invito forte, come forte ed anzi dirompente e scomoda è un'affermazione che il nostro Autore coraggiosamente mette per iscritto: propriamente il diritto non ha una sua storia.

In proposito Caroni non cita Marx, bensì Böckenförde (p. 130) e già questo, forse, potrebbe servirgli a risparmiarlo dal plotone di esecuzione già pronto. Ma non c'è niente di scandaloso, mi pare. L'asserzione è ben incastonata nella visione complessiva dell'Autore. Alla storia giuridica appartiene chi parla *de jure condendo* e non solo chi formula o applica il *jus conditum*; perciò nella storia bisogna considerare anche le posizioni perdenti, i rifiuti e le esclusioni o i testi non entrati in vigore, i progetti e le linee propositive (p. 78). Insomma, per intendere la norma e per applicarla, come pure per elaborare nuove norme, bisogna essere storici: non esiste propriamente una storia del diritto perché il diritto è immerso nella storia e tutti i giuristi devono essere storici, ci dice Caroni.

⁽⁷⁰⁾ La lezione di De Francisci è stata molto acutamente esaminata in una conferenza di Sabino Cassese su "Diritto e storia", tenuta presso la Facoltà in cui insegno il 13 marzo 2009. Essa è stata di recente studiata da M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, p. 88 ss.

È questa la chiave dell'importanza della disciplina per la Facoltà di Giurisprudenza: una presenza della storia « ubiquitaria e pervasiva » (p. 60). Storico è chi interpreta; e l'interpretazione è un lavoro complesso che serve a cogliere la valenza, « ossia lo spazio concretamente occupato e gestito dalla norma giuridica nella realtà sociale » (p. 84); serve anche « al recupero dell'invisibile » (p. 68) inscindibilmente da considerare legato al testo della norma. E l'interprete, come lo storico, non è un testimone, bensì è, inevitabilmente, un soggetto che cerca. L'interprete opera con la sua precomprensione. Come dice argutamente l'Autore, il proprio ragionare su un argomento storico costituirà inevitabilmente una *caronizzazione* di quell'argomento (p. 94): e tuttavia, per quanto la ricerca sia sempre soggettiva, lo storico non dovrebbe semplicemente rovistare nell'arsenale del passato per trovare quanto gli fa comodo (pp. 74 e 94) ⁽⁷¹⁾.

Non solo la storia del diritto non si deve fondare, per Caroni, sull'erudizione, ma nemmeno su un atteggiamento di conservazione: la storia sparglia, è diversità, è ambito mobile e concreto, è infinita varietà di combinazioni tra continuità e cesure ⁽⁷²⁾. Si spiega anche così il no a una concezione che si rifà a un presunto diritto di ragione, vigente in passato in Europa, sostanzialmente considerato omogeneo e fondato sul diritto romano. Se anche fosse utile adoperare questa visuale giusnaturalistica per interpretare il passato, non sarebbe consigliabile utilizzarla anche per il futuro: sarebbe comunque come acquistare azioni di una società basandosi sulle *performances* passate, anziché sui dati odierni e sulle prospettive di futura espansione della società.

Si capisce il no all'ancillarità, alle continuità e alla riproposizione dei dogmi. E il bagaglio storico non si identifica con capacità di "comprensione" (p. 75), che evoca il pericolo di appiattirsi sull'oggetto che si comprende; è, invece, uso critico della ragione, è continua messa in gioco delle certezze perché costituisce una sorta di procedura che il giurista deve acquisire nel suo abito mentale sin

⁽⁷¹⁾ Ha ben colto questo aspetto COSTA, *Recensione*, cit., p. 921.

⁽⁷²⁾ L'Autore, correttamente, non sposa nessuna tesi preconcepita a favore della continuità e della discontinuità (sull'uso di questi parametri ideologici v. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., p. 4).

dalla formazione: una procedura « per capire come nasca ed operi il diritto in una società » (p. 126).

Significa che la storia giuridica è volta a conferire capacità critiche? La risposta di Caroni non è quel sì che lo storico solitamente si affretta a pronunciare: « la storia *non* aggiunge nulla, *non* completa nulla, men che meno ci rende saggi » (p. 126). E in un altro passo: « chi difende la storia, in vista di metterne a frutto la funzione critica, ma lo fa vagamente, ossia senza precisarne *premesse, metodi e obiettivi*, brancola in realtà nel buio » (p. 235 nt. 47). Nessuno stereotipato argomento a difesa della propria disciplina, dunque, come rilevato in apertura di questa presentazione.

È una posizione radicale, ma coerente: la conoscenza storica come bagaglio da portare appresso è in sé un fardello, certamente oneroso e dall'utilità tutta da dimostrare. Per formare il giurista, ci dice Pio Caroni, non occorre appesantirlo di erudizione, bensì conviene renderlo leggero per poter penetrare nel diritto vigente; insegnare la storia del diritto serve allora a creare una mentalità con cui operare nella prassi facendosi sua interprete. In quest'ottica la storia non è traccia da ricalcare o imitare, bensì fucina di fantasia per operare nel diritto del presente; non è (solo) ricordo o memoria, bensì strumento di immaginazione e di progetto ⁽⁷³⁾. Una storia la quale può concorrere per sua parte a quel ruolo "costituente" che consiste nella costruzione dell'artificio giuridico ⁽⁷⁴⁾; se questo, contro le illusioni parascientifiche del metodo tecnico, è il risultato di un processo circolare di interazione tra teoria del diritto e pratica giuridica, lo storico del diritto può evadere da una funzione passiva proprio perché vocato a scoprire nel giuridico — entro il concreto svolgersi di proposte, attuazioni, rifiuti, incontri e scontri — la complessa formazione sia delle teorie, sia del senso comune. Ecco: lo storia del diritto insegna non tanto a disvelare l'artificio giuridico, quanto a parteciparvi.

⁽⁷³⁾ C. PETIT, *Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador*, in *Historia instituciones documentos*, 19, 1992, spec. pp. 374-376 e P. COSTA, *Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista*, in *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, ed. C. Petit, Madrid, 1997, pp. 161-190.

⁽⁷⁴⁾ Per queste riflessioni è forte il debito verso FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I, pp. 37-38.

Le indicazioni che prospetta Caroni per un programma adeguato di storia del diritto (p. 126 ss.) vanno, mi pare, in questa direzione, con la forte sottolineatura di una storia legata all'attualità e però criticamente autonoma. Sicuramente non una storia rappresentata come il susseguirsi, ora combattendosi, ora integrandosi, di fonti del diritto (leggi, editti, consuetudini...), di generi letterari (glosse, *summae*, commenti), di metodi di studio (*mos italicus*, *mos gallicus*...), di istituzioni (Impero, Papato, Regni, Comuni...). Si può ipotizzare una trattazione tematica, all'interno della quale possano anche trovare posto gli aspetti ora evocati, come modalità e canalizzazioni attraverso cui di volta in volta un certo problema trova svolgimento; e non avrebbe importanza affrontare una trattazione storica partendo da "prima" o da "dopo", da una norma principesca o da un passo di dottrina.

Viene in mente, per fare un esempio, un tema come la laicità. Lo storico dell'età moderna potrebbe riflettere sull'esperienza dello Stato, che era, in sé, soggetto radicalmente laico (cioè altra cosa dall'ecclesiastico), reclamava più o meno apertamente la propria indipendenza (anche nelle monarchie di diritto divino) e, almeno nei suoi aspetti di "apparato", era da tutti, in fondo, riconosciuto come artificiale. Ma questo Stato, laico rispetto alla Chiesa, questo Stato che nominava i vescovi e spesso si incamminava verso Chiese di Stato, magari rivendicando con i suoi magistrati le "libertà gallicane", era nel contempo uno Stato confessionale, fondato sulla religione: nato senza il monopolio della produzione giuridica, aveva bisogno della religione come un cemento coesivo (la dottrina di parte cattolica è chiarissima, da Botero a Suárez e a Muratori, ma così pure quella di parte protestante: Alberigo Gentili, ad esempio), recepiva i peccati come reati, teneva in conto il *periculum animae* per i rapporti privatistici. E viceversa, la Chiesa aveva bisogno dello Stato per sopravvivere, servendosi del braccio regio come barriera rispetto alla penetrazioni di fedi diverse e per la gestione degli aspetti secolari delle sue prescrizioni. Prima che la cultura illuminista si affermasse, dunque, la laicità si giocava tra Chiesa e Stato, con il corollario di scontri e concordati, rifiuti di *exequatur* e di censure ecclesiastiche. L'individuo non poteva non essere religioso, altrimenti era considerato un estraneo all'ordinamento: il corrisponente della figura del pirata nel diritto internazionale (anche qui, con

i conseguenti corollari, svolgentisi ovviamente in senso unilaterale: roghi, imposizioni di abiura, scomuniche) ⁽⁷⁵⁾.

Impossibile, complessivamente, ragionare in termini di “minore” o “maggiore” laicità rispetto ai sistemi costituzionali contemporanei, nei quali la laicità riguarda la sfera dei diritti del singolo, libero di professare una religione, ma contemporaneamente libero da obblighi religiosi. Due diverse laicità, senza che si trascorra per scivolamento da quella più antica a quella attuale: si tratta infatti di espressioni di due immagini o costruzioni differenti dell’ordinamento.

5. Nel libro di Pio Caroni non si trova nessun ricettario miracoloso e nessun *vademecum* immediatamente disponibile alla bisogna per lo storico che interroghi se stesso. E tuttavia a me pare netto l’invito a riappropriarci per intero, nell’ambito dell’insegnamento, dell’abito storico. Come?

Cominciando, intanto, a non cercare fantomatiche “origini” (pp. 133, 142 e 234), quasi che la storia fosse rappresentabile come un segmento che si sviluppa da un punto iniziale a uno finale; e nemmeno a cercare “precursori” (pp. 133 nt. 62, 202, 204 e 236), giganteschi personaggi creati da una fantasia miope e funzionale ad una storiografia di tipo teleologico ⁽⁷⁶⁾.

Evitando inoltre di accreditare presunte “radici” (p. 236), fortunata quanto infelice metafora del nostro povero determinismo, strumento adattissimo per un uso ideologico, atto ora a consolare, ora a giustificare l’esistente, ora a sostenere pretese di superiorità o egemonia. Si comprende che chi si dichiara depositario della verità possa legittimamente richiamarsi alle “radici” del proprio insegnamento e, coerentemente, far appello alla fede; ma chi si muove entro lo statuto dello storico non può certo evocare radici identitarie attorno a cui disporre prodotti che, proprio perché tecnicamente elaborati, sono cose umane, artificiali e soggette a trasformazioni e scomparse.

⁽⁷⁵⁾ Sia consentito, anche per l’indicazione delle principali fonti e bibliografia, il rinvio a I. BIROCCI, *La laicità in Italia: notazioni minime di uno storico*, in *Eadem utraque Europa*, IV, 2008, pp. 139-161.

⁽⁷⁶⁾ SAVELLI, *In tema di storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 97.

Provando ancora a dismettere l'attitudine ad accreditare gli ordinamenti del passato come "sistemi": il sistema del diritto comune, il sistema dei reati, il sistema processuale e così via ⁽⁷⁷⁾. Racchiudere quelle esperienze come se fossero costantemente costruzioni sistematiche significa trasmettere l'idea rassicurante e però astratta e falsa di un tutto conchiuso, con una gerarchia di fonti e un catalogo di valori: sistema, gerarchie e cataloghi alquanto estranei ai rapporti quotidiani e alle vertenze concrete e tutt'al più virtuali (p. 102). L'astrazione è un'operazione che nel mondo del diritto è spesso necessaria — per formulare una legge, ad esempio — ma anche pericolosa e che lo storico dovrebbe maneggiare con estrema prudenza perché cela « sempre una forma di violenza, anche quando opera silenziosamente e senza spargere sangue » (p. 114). Cercare all'indietro il sistema deriva per lo più da una proiezione al passato della nostra ansia di certezze: ci avvediamo che nel passato non ci sono dichiarazioni di diritti, costituzioni e codici, e allora tendiamo almeno a cercare "sistemi", ovvero altre forme di certezza capaci di soddisfare quelle che sembrano le esigenze ineliminabili di ogni vita organizzata secondo il diritto. Il risultato è uno schiacciamento prospettico della realtà da esaminare; in concreto non c'era la gerarchia delle fonti, bensì funzionava l'*arbitrium*, c'erano sì leggi fondamentali indisponibili al sovrano, ma anche scarsamente individuate, se non *arcana iuris*.

Dovremmo in effetti sapere che il problema dell'ordine giuridico è anch'esso storico e dunque è continua sovrapposizione di forze, prestito ed elaborazione di valori, intreccio di interessi e di idealità. E dovremmo costantemente ricordare, mentre per mestiere e dunque lecitamente guardiamo solo al diritto come strumento disciplinatore della società, che da sempre sussistono altre scaturigini di regole le quali, in varia forma e misura, contribuiscono a stabilire l'ordine sociale. Lo rileva opportunamente Caroni (p. 148 ss.), traendone spunto per ricordare l'importanza di tener presente, anche nella didattica storico-giuridica, il lavoro dei cultori delle altre scienze sociali. Dal tempo di Hauriou, Romano e Calasso, lo storico

(77) Come dice Caroni (p. 134), si tendono ad allineare dati che procedono entro costruzioni accreditate di evoluzioni indisturbate e ininterrotte. Il "sistema" del diritto comune, con il suo dualismo tra *ius proprium* e *ius commune*, mi sembra una di queste costruzioni, con una nascita, una fioritura, un declino (la famosa "crisi") e la morte.

ha addirittura una chiave interpretativa — quella della pluralità degli ordinamenti — per affrontare il molteplice gioco delle interrelazioni normative. Ma mentre altri cultori hanno provato a sperimentare quella teorizzazione in vari ambiti (ad esempio, l'ordinamento barbarico o le pratiche dell'infragiustizia) lo storico del diritto raramente l'ha sviluppata, al di là delle importanti implicazioni, già evidenziate da Calasso, sul rapporto *ius communel iura propria*; tanto meno sul piano didattico, nonostante si tratti di un terreno fertile per lo storico del diritto, avendo le pratiche della infragiustizia una base contrattuale e consuetudinaria ⁽⁷⁸⁾.

Compiti ardui, resi ancor più impegnativi dalla loro traduzione in campo didattico. L'insegnamento è scienza consolidata e anche semplificata, volto com'è alle cose essenziali; ma come sottolinea Pio Caroni, non deve eliminare i contrasti e le diverse voci, le resistenze alle proposte vincenti, le prospettazioni di vie alternative; deve guardare alle regole, ma anche alla loro attuazione, spesso contraddittoria e accidentata (p. 139). Perciò le funzioni di descrizione o di esposizione esegetica di norme sono poca cosa nell'ambito dello statuto del giurista.

Ci si deve accontentare delle approssimazioni, naturalmente (p. 141), ma è importante non cancellare dalla dimensione storica del diritto gli aspetti controversi. Se la vita civile non è il regno del determinato, bensì il teatro delle possibilità di scelte, è giocoforza ammettere che una storia che tenda a cogliere la vita dal punto di vista del diritto debba fare i conti con questa complessità: se, come appare nell'esperienza quotidiana, la realtà è tanto variegata e problematica, con un ordinamento in continua tensione, perché mai la storia dovrebbe essere raffigurata in modo semplice e piano? Veniamo da una commistione di costumi e di culture e sempre più si intensificheranno gli intrecci e le trasformazioni. La cultura giuridica e il diritto stesso non fanno eccezione, a meno di considerarli come beni che si tengono in cassaforte, inattaccabili perché separati dalla vita. Del resto, basti evocare come, nell'era della globalizzazione, già un "semplice" accertamento del dato normativo che

⁽⁷⁸⁾ Fa eccezione, tra gli storici del diritto, lo Sbriccoli degli ultimi anni della sua attività, attento a coniugare la specificità dello storico del diritto con l'attenzione per tali pratiche sociali, spesso indagate da altre discipline.

governa un certo atto richiede doti di ricerca, selezione e interpretazione, forse persino di immaginazione, per comprendere la necessità di prepararsi per tempo.

Questo dovremmo insegnare al giurista di domani. Nella speranza di farne non un bravo ma illuso confidente nei diritti fondamentali dell'uomo — sicuri, certi e ben definiti, magari per la supposta origine “naturale” e estranei alla storia —, bensì un cosciente cittadino del mondo, persuaso che le dichiarazioni dei diritti, tutt'altro che sicure e anzi spesso violate, sono esclusivamente dipendenti da noi per la loro applicazione e, magari, per la loro espansione.

In tutti i casi l'assunto e le posizioni sono scomodi; distruggono miti e calcoli utilitaristici, costringono a rivelare la non neutralità del diritto, invitano a schierarsi senza paraventi. Coerentemente al proprio abito personale, Pio Caroni insegna a deporre ogni paludata visione aristocratica e astratta della storia del diritto: a disegnare, innanzi tutto nell'ambito della didattica, non una storia di fonti normative, né di dogmi, bensì di « uomini e donne in pelle ed ossa » (p. 201). E tratteggia la figura di uno storico del diritto intento non a compiere spedizioni nel passato, alla ricerca di conferme e di risultati sicuri, come gli inquisitori deputati a ricostruire la ‘verità’, ma invece disposto a guardarsi attorno, magari vagabondando per vie disagevoli e imprevedibili e senza girare la testa di fronte agli aspri passaggi (gli scontri di interesse, le sconfitte e le vittorie) e alle cose spiacevoli o magari opprimenti (ivi e p. 213) di cui l'esperienza giuridica è intessuta ⁽⁷⁹⁾.

Il professore ticinese non mira a proporre nessun modello, s'intende; ma, ora che si rende possibile l'edizione italiana di questi testi, è facile pronosticare che la sua riflessione a voce alta susciterà un salutare dibattito nella nostra placida accademia.

ITALO BIROCCHI

⁽⁷⁹⁾ Indimenticabili le pagine di G. RICUPERATI, *La città terrena di Pietro Giannone. Un itinerario tra “crisi della coscienza europea” e illuminismo radicale*, Firenze, 2001, dedicate al compito dello storico per riportare alla luce anche le « latenze emarginate » e per restituire un'immagine complessa del passato (p. 183 e *passim*).

PREFAZIONE

“Ricordo piccoli proprietari che avevano il potere, chiamato con spoglia semplicità ‘la campagna’, a due ore di strada. Partivano e tornavano con le stelle, il sacco d’olive in spalla. “Basta che porti del tuo, il cammino non è mai lungo”. Avevano un sorriso orgoglioso e mesto”.

F. BIAMONTI, *Scritti e parlati*, 2008, p. 123-124.

1. Agonia: forse non è la parola giusta per descrivere lo stato di salute della storia del diritto, vista stavolta non quale affollato laboratorio di ricerche, ma quale materia d’insegnamento tradizionalmente inclusa nel canone disciplinare del *curriculum studiorum*. Forse ce ne vogliono altre, meno drammatiche, più rispettose se non della realtà, almeno dell’autostima dei destinatari. Che sono abituati a parare colpi, respingere accuse o non raccogliere provocazioni, ma raramente pensano anche di essere gli ultimi ad insegnare questa disciplina così clamorosamente *altra*. Eppure preferisco confermarla, questa parola: trasmette infatti un segnale forte, sì da raggiungere anche i disattenti o i visionari, che anche fra noi storici del diritto davvero non mancano.

2. Se tentassimo di ragionare sulla storia delle critiche che ci vengono periodicamente rivolte, ci accorgeremmo di un fatto solo in apparenza sorprendente: che piovono fitte e fastidiose soprattutto a far data dalla codificazione del diritto. Sbarrando il ricorso operativo alla storia antecedente, i codici svalutarono infatti proprio quella disciplina, che da secoli vi accudiva. La ritennero tendenzialmente obsoleta, perciò rimuovibile. Di qui le continue critiche e le inevitabili polemiche, volte tutte a ridiscuterne la valenza, quando non ad auspicarne esplicitamente la soppressione. Questa diagnosi, che a

suo modo è impietosa, viene spesso confermata dalle reazioni che provoca fra gli storici del diritto. Taluni la considerano azzardata, poiché negano che il codice abbia rinnovato il sistema delle fonti. Lo ritengono piuttosto una versione più o meno riuscita di *ius proprium*, priva perciò della necessaria autoreferenzialità. E sperano, ragionando così, di salvare baracca e burattini e di rendere la disciplina agli antichi splendori. Ma c'è anche chi non si avventura su un tracciato tanto insidioso, non contesta perciò i cambiamenti provocati dai codici, registra il contraccolpo negativo che ne venne all'esplorazione storica, ma non dispera ugualmente di ovviare in qualche modo alla sua rimozione. Come? Correndo ai ripari, lanciandosi alla ricerca delle utilità residue, ossia di quelle situazioni eccezionali, ove anche il giurista non ha via di scampo, è costretto a consultare il passato: dovendosi ad esempio interpretare storicamente una regola sanzionata dai codici oppure ricorrere — grazie ad una riserva territoriale o transitoria — al diritto precedente, formalmente abolito e già per questo motivo *extravagans*, ma *in casu* appunto eccezionalmente recuperabile.

I *primi* manipolano con spavalda abilità il passato. Se ne servono con la stessa naturalezza con la quale tolgono la merce dai ripiani di una bottega. E lo fanno, pretendono, a scopo di bene, convinti cioè di offrire un valido modello all'attuale laboriosa unificazione del diritto privato europeo. Ma io vi vedo più che altro un'irruzione maldestra e poco rispettosa nell'*atelier* della storia. Penso perciò che sborsano un prezzo sproporzionato per salvare, più che la disciplina in sé, le loro ambizioni personali. Ai *secondi*, i cui sforzi seguo con simpatia, non ho invece nulla da rimproverare. Non mi disturba la loro ricerca di quel poco che rimane dopo la grande cesura. E ritengo scontata, quasi ovvia, la loro ambizione di formulare proposte condivise dal 'giuspositivista'. Solo mi chiedo se il loro impegno, volto a documentare la persistente utilità pratica dello scavo storico, basti da solo a salvare la disciplina e a giustificare il suo insegnamento sistematico. Tocca per sua natura — come dicevo — casi del tutto eccezionali, quasi rari. Potremmo in fondo risolverli, quando davvero si presentassero, ricorrendo al responso di uno specialista.

3. Se dunque queste prime risposte non convincono, che fare?

Anzitutto una cosa: non sbagliare la prossima domanda. Perciò *non* chiedere: cosa va cambiato per garantire un futuro finalmente e durevolmente incontestato alla nostra disciplina accademica? Ma *piuttosto*: come aggiornare la trasmissione del sapere scientifico nelle nostre facoltà? Come intervenire per renderla più aderente ad un mondo in continua evoluzione? Cosa va soppresso per snellirla, cosa va aggiunto per migliorarla? E come confezionare i nostri messaggi, a quali contesti affidarli, affinché vengano adeguatamente recepiti dai destinatari? Penso siano queste le uniche domande legittime, quando si ragiona sulla riforma dell'insegnamento. Evocano due facce di una stessa medaglia. La *prima* è quella della didattica, ossia di un aspetto, che a lungo abbiamo ignorato o sottovalutato. Eravamo infatti un po' tutti convinti, che un buon ricercatore fosse automaticamente anche un buon docente, che le nostre monografie, magari anche i nostri manuali, fossero altresì lo strumento didattico più indicato. Con risultati discutibili, spesso modesti, occasionalmente deludenti, per non dir peggio. Che penalizzano soprattutto le discipline dallo statuto precario, quelle che l'alterigia di molti colleghi considera perciò marginali. Ma a preoccuparmi è in realtà qualcosa d'altro. Ossia il fatto che ragionando così, cioè badando poco alle esigenze didattiche, o non tenendone conto del tutto, confessiamo implicitamente di preferire il futuro delle nostre ricerche al contributo realmente educativo della disciplina, alla sua presenza incisiva e determinante nell'ambito della formazione accademica. Forse non ci crediamo più. E consideriamo l'impegno didattico quale molesta ipoteca. Se dunque difendiamo le nostre cattedre, lo facciamo per garantire quelle strutture organizzative e finanziarie, senza le quali la ricerca ristagnerebbe. Non è una 'scelta' perversa, questa. E sarebbe fuori luogo vergognarsene. Appare problematica, ecco tutto. Marcata com'è da un'implicita rinuncia, dalla grigia rassegnazione di chi vive l'insegnamento quale inevitabile condanna, espiata proprio solo per garantire continuità all' 'apparato'.

Se dissento, è perché vedo in questa rassegnazione un'occasione persa. L'occasione di marcare una presenza forte della dimensione storica. 'Forte' significa, in questo caso: non funzionale a una ricaduta esterna, ma allo scopo ed alla qualità dell'insegnamento impartito nelle facoltà di giurisprudenza. Ma come si modula una

tale presenza e come corrispondervi? Ecco l'*altra faccia* della medaglia, che intendo almeno abbozzare.

Prendiamo pure le mosse dai codici: dal loro modo di aggredire — eliminandolo — il ricorso finora inevitabile al passato, dalla loro legittima pretesa di ridisegnare in modo autoritativo, quindi vincolante, l'ambito del diritto vigente. È vero che tutto ciò conclude un'epoca. Ma non è men vero che ne apre un'altra. Una non necessariamente frustrante o proibitiva, nemmeno per lo storico del diritto. In fondo tutto dipende da lui. Dagli occhi, con i quali squadra il codice; dalla sua determinazione a non fidarsi della facciata che, completa coerente e soffocante com'è, sembra davvero cancellare il passato e bloccare la storia; dalla sua capacità di ovviarvi, soffiando la vita del tempo anche in quel blocco disperatamente monolitico ed immobile; dalla sua disponibilità a scoprirne la temporalità, la temporalità del diritto *tout court*, di quello storico come di quello vigente; persino a farne il cardine della storicità. E finalmente tutto dipende anche dalla sua arguzia di vedere in tutto questo un'evidenza: meno ovvia e palese di quella legata alla vigenza formale del diritto, ma altrettanto costringente. Proprio per questo motivo, ossia per la sua inerenza al fenomeno giuridico in sé, e per gli orizzonti conoscitivi che la sua percezione dischiude, essa va indiscutibilmente segnalata, con l'insistenza che merita, a chi si prepara a maneggiare quotidianamente diritto positivo. *Questo* è in realtà il messaggio sotteso ai singoli contributi di questa raccolta. Scombussola magari la *routine*, disturba equilibri stabili ma non stabilmente ragionevoli, impone scelte difficili e forse anche rinunce dolorose. Ma focalizzato com'è sul diritto vigente, sarà difficile ignorarlo.

4. Chi crede nella bontà di questo programma e si impegna per attuarlo, sa a quale destino va incontro. Svolge infatti ragionamenti e formula proposte che, prima o poi, si scontrano con i valori che ancora condividono e con i programmi a cui tuttora si attengono molti suoi compagni di viaggio. Era del resto ampiamente prevedibile: che gli storici del diritto ancora convinti dell'*utilità* pratica del loro sforzo, la difendessero ad oltranza e la considerassero il baluardo della loro battaglia. E che i neopandettisti irridessero alle nostre *avances* storicistiche, da loro ritenute troppo sofisticate, già

perché pronte a scoprire e valutare il ‘nuovo’ anche dove loro invece vedono solo scadimento e volgarismo. Senza dimenticare gli storici *tout court*, generalisti o specialisti, massime fra quest’ultimi quelli dell’economia, delle mentalità, delle religioni, della società. Tutti attenti a quanto si cucina in casa nostra, ma non parimenti disposti a ragionare su quanto ci turba, a combattere quanto ci impaurisce, a ribadire quanto ci consola. Vicini dunque, ma anche lontani, già perché il loro impegno didattico è diversamente concepito, va in altra direzione e comunque non sbocca necessariamente nel presente, come il nostro.

La solitudine che torreggia nel titolo di questa raccolta non è dunque una scelta mia, di me che preferisco l’esilio o l’eremo alla compagnia. Emerge piuttosto cammin facendo, man mano che i molti compagni di viaggio si defilano, uno dopo l’altro, ed al mio preferiscono itinerari meno avventurosi e magari più gratificanti, almeno nell’immediato. Del resto non faccio nulla per trattenerli. Solo mi spiace che se ne vadano così, senza discuterne. Molti di loro — se ne parlerà — non rispondono alle critiche mosse alle loro strategie, non ne tengono conto, amano considerarle frutto di malintesi ed evitano di affrontarle. Preferiscono piuttosto agire: scrivendo un libro dopo l’altro, disponendo le loro forze con accuratezza, occupando cattedre nella più grande discrezione, quindi anche — perché l’ambiente è pur sempre quello che è — perpetuando occasionalmente la sinistra tradizione delle ‘baronate’.

5. Per più di trent’anni, dal 1971 al 2003, ho tenuto a Berna una cattedra che univa due insegnamenti: quello della storia e quello del diritto privato vigente. Proprio come voleva un’antica tradizione accademica dell’area germanofona, massime tedesca: inaugurata dalla scuola storica e conservata consapevolmente anche dopo aver codificato il diritto privato positivo, nel corso degli anni ha perso molto del suo significato originale. Sembra infatti oggi obbedire più a richieste di natura logistica o finanziaria che non all’urgenza di segnalare un contatto fra mondi diversi e talora contrapposti. Lascia perciò libero il protagonista di questa avventura didattica di conferire all’abbinamento quella valenza, che meglio gli conviene. Il che magari ne spiega la sopravvivenza.

Per anni ho dunque attraversato, giorno dopo giorno e silen-

ziosamente, quell'invisibile confine che separava e separa tuttora un presente (quello *de praeteritis*) da un altro presente (quello *de praesentibus*). Un curioso andirivieni che mi ha costantemente stimolato a ragionare sul senso di questo servizio, sul possibile significato di un 'incontro', che la tradizione ricordata — senza magari volerlo esplicitamente favorire — nemmeno intendeva escludere. Mi ha permesso di riflettere a lungo e da un osservatorio privilegiato su luci ed ombre di una proposta didattica a dir poco singolare; e mi permette ora di riferirne al lettore italofono con conclusiva serenità. Per chiarire almeno due cose.

Anzitutto che il mio costante e radicale rifiuto dell'approccio neopandettistico, oggi più che mai sulla cresta dell'onda, è impensabile senza questa esperienza personale, anzi la presuppone. È dunque possibile che il lettore italiano, al quale la combinazione didattica qui discussa non è familiare, perciò abituato a muoversi in campi rigidamente separati, la trovi — questa critica — ovvero inutile ovvero inutilmente implacabile.

Secondariamente che l'approccio da me preferito per ragionare sul dialogo, generalmente ritenuto auspicabile, fra storici e giuristi non è all'insegna di uno scontato e liberatorio *embrassons-nous*, come invece sembrano desiderare molti, da una parte e dall'altra. Come sognano spesso gli storici, bramosi di venir finalmente presi sul serio dai cultori del diritto positivo, disposti perciò ad allinearsi, quando non a farsi risucchiare dalla loro area, dotata di maggior visibilità, di vetrine più ambite, quindi anche più gratificanti. O come sperano molti giuristi, pronti a far posto agli storici e a lodarne l'impegno, se solo ne ottengono in compenso ovvero messaggi addomesticati (magari un'ulteriore legittimazione del diritto vigente), ovvero un alleggerimento del proprio carico didattico. Da parte mia ho sempre pensato ed sperimentato che fra i due campi esiste invece una *tensione latente ed inevitabile*. Già perché lo storico guarda alle cose da un osservatorio più ampio, 'pesca' quotidianamente in acque, che il giurista conosce solo per sentito dire e che comunque gli sono interdette. E lo fa in assoluta libertà, quindi non condizionato da una responsabilità giudicante. Il che gli permette talvolta di formulare congetture spiacevoli perché destabilizzanti, che il giurista dimostra poi di non apprezzare troppo.

Se dunque vedessimo in questa tensione solo un fastidioso

malheur, da combattere o persino da estirpare, ci sbagliremmo. Perché è *inerente* all'esperienza giuridica, segnala un conflitto — quello fra temporalità e normatività — al quale il giurista, quand'anche lo volesse, non può sottrarsi. Un conflitto inevitabile, ma anche salutare, quindi da affrontare con impegno, persino da valorizzare. Se è vero che apre ad una percezione più sfumata della realtà giuridica, incoraggia un approccio critico del diritto positivo, indica come liberarsi dalla sua stretta senza rinnegarlo, come aggiornarlo senza tradirlo. Se dunque urge intervenire, certo non per negare, nemmeno per allentare la tensione sottesa al conflitto, ma per permetterle di operare efficacemente, di sciogliere anche in futuro quei “fiori di ghiaccio” ⁽¹⁾ che strutturano (ma dovremmo forse dire: gessano o blindano) i ragionamenti di tanti giuristi. Vista così, la tensione fra storia e diritto, rappresenta un valore: meritevole come tale di venire sia ribadito con forza sia trasmesso a chi si appresta — con animo sveglio e non diffidente — a solcare l'impervia palude giuridica. Tutte cose raccomandabili e fattibili, ma a una condizione. A condizione di confermare preliminarmente *nella loro autonomia* i due poli della tensione, senza accomodamenti, semplificazioni o maldestre confusioni. Dunque: lo storico da una parte, a ribadire il contesto inevitabilmente temporale dell'esperienza giuridica, quindi anche a ricostruire come la norma incide sulla realtà; e il giurista dall'altra, ad esporre il programma legislativo e ad impegnarsi per la sua realizzazione. Lasciando ai destinatari di questi due messaggi separati ma convergenti il compito di trarne le dovute conseguenze.

6. Il passato incombe. Da sempre e inesorabilmente. È in agguato. Attende solo l'occasione propizia per tracimare, per riversarsi nelle nostre vite. E noi in esso istintivamente ci rifugiamo. Alla ricerca di ispirazione, consolazione, sicurezza. Oppure di quanto serve a documentare nostre convinzioni, a giustificare nostri atteggiamenti, quindi di conferme. Di cose molto diverse, come si vede, ma che hanno qualcosa in comune: allignano tutte nel nostro

⁽¹⁾ Fu Robert Musil a parlare di “fiori di ghiaccio che nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti di diritto”. Ha citato questa metafora molti anni fa Sabino CASSESE (*Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971, p. 5), ne ha finalmente svelato la paternità ora in *Il mondo nuovo del diritto*, p. 70.

presente, a loro modo tutte vi corrispondono, tutte lo riflettono. Se oggettivamente *tutto* il passato incombe, entra nella nostra vita *solo* quello chiamatovi dal nostro programma, percepito dalla nostra precomprensione. Siamo perciò noi che, più o meno consapevolmente, ne disponiamo e lo colonizziamo. In questo senso è senz'altro alla nostra portata. Magari fittizio, forse immaginario, ma comunque utile. Un passato ad uso e consumo del destinatario, “personalizzato” si direbbe oggi.

Sono verità ovvie, queste. Le conoscono bene anche gli storici, che del passato sono i giardinieri. Lo esplorano con disinvoltura, lo squadrano con occhio più allenato. E lo curano con maggior dedizione. Vi attingono anche loro per rispondere a sollecitazioni del loro tempo, ma sanno altresì che non se ne devono accontentare. Sanno infatti che il ‘vero’ passato è ben altra cosa: lontana, inaccessibile, inconvocabile. Che non è nemmeno un vero passato ma, come fu elegantemente affermato, solo “un altro presente” (2), quindi — a ben vedere — impercepibile.

Anche gli storici del diritto dovrebbero ricordarsene e ricordarlo, con la dovuta prudenza, ai giuristi: a quelli che dalla storia prendono preventivamente le distanze (poiché in realtà la temono) come a quelli che — sedotti forse dalla magia dello sguardo retrospettivo, che non recide mai — vi alludono con simpatia. Per incitarli ad aver maggior rispetto di questa incatturabile presenza. A coltivare, se proprio lo vogliono, il loro passato domestico, quello ritagliato secondo le loro esigenze personali, già perché è l'unico disponibile. Ma a non allungare le mani su quello ‘vero’, lontano, autonomo. Dev'essere ben altra cosa, se anche il poeta sa, che “non si snoda/come una catena/di anelli ininterrotta” (3). Che dunque non figura su quelle linee diacroniche, lunghissime e sempre rigorosamente parallele, che rigano spesso il nostro immaginario. E nemmeno si piega a sorreggere quelle continuità, che confortano i sogni dei giuristi. Setacciarlo alla ricerca di un *dies a quo*, quindi

(2) G. PRETI, *Saggi filosofici*, Firenze 1976, II, p. 287. Vi allude, titolando una propria raccolta di saggi (dalla quale ricavo il rinvio bibliografico), P. ROSSI, *Un altro presente. Saggi sulla storia della filosofia*, Bologna 1999, ad es. p. 7.

(3) E. MONTALE, *Tutte le poesie*. A cura di Giorgio Zampa, Milano 1984, p. 323 (*La storia*).

addomesticarlo, significa fargli violenza, profanarlo. Ho tentato spesso anch'io, come potevo, di non dimenticarmene.

7. Con le esplorazioni raccolte in questo volume — tutte rigorosamente datate e tutte originate da interventi pubblici — si conclude un ciclo di riflessioni sul vero significato di quanto stavo facendo, quando ancora insegnavo. Ho iniziato tardi a pensarci, credo sia normale. Ma da quando vi rifletto vedo nella solitudine anche la cifra del mio impegno. Caratterizza *dapprima* la disciplina, speculare com'è alla valenza della storia in una facoltà di giurisprudenza. Una valenza esclusiva (appunto solitaria) a doppio titolo. Anzitutto poiché solo *questa* storia (diversamente da quella insegnata a storici, filosofi o linguisti) sbocca necessariamente nel presente. *Secondariamente* perché il suo modo di accedervi è *altro* rispetto a quello, scontato ed implicito, sotteso al diritto vigente. Ma *poi*, con il passare degli anni, la solitudine si è liberata da questa predicazione iniziale e contingente. Per diventare anche qualcosa d'altro, di molto personale, magari proprio quella “cosa, senza la quale non si fa niente, senza la quale non si guarda più niente”, come scrisse Marguerite Duras anni fa (4). Per cui anch'io potrei concludere ammettendo che la soave violenza, con la quale questa mia disciplina per anni mi ha catturato, non fu, a ben vedere, un fine, “ma solo un mezzo, uno dei modi (infiniti) di vivere con libertà e solitudine” (5).

8. Volessi citare le persone, che nel corso di tutti questi anni mi hanno ascoltato, sopportato, contraddetto, quindi sempre anche stimolato, quando con loro ragionavo di queste cose, riempirei paginate di nomi, senza peraltro ricordarle tutte. Le ringrazio perciò mentalmente, sperando che si possano, tanto o poco, riconoscere in queste pagine.

Speciale gratitudine provo per gli amici fiorentini, che hanno guardato anche a questa fatica conclusiva con la simpatia di sempre e l'hanno generosamente voluta nella loro prestigiosa “Biblioteca”.

(4) M. DURAS, *Scrivere*, Milano 1994, p. 24.

(5) C. CAMPO, *Caro Bul. Lettere a Leone Traverso (1953-1967)*, a cura di Margherita Pieracci Harwell, Milano 2007, p. 118.

Nell'ultimo tratto di strada, quello impervio e sofferto della riscrittura, percorrendo il quale sentivo però di tornare a casa dopo anni di assenza, mi hanno accompagnato due amici fraterni, che vorrei ricordare. Italo Biocchi ha letto per primo la versione tedesca di questo libro, mi ha subito incitato a tradurlo, ha insistito fin che ho ceduto ed ha poi magistralmente assecondato il mio desiderio di presentarlo al lettore italiano. Enrico Pedrazzoli l'ha letto e riletto criticamente, con cipiglio tanto severo quanto conviviale, liberandolo (anche) da molte intemperanze linguistiche. Se li ringrazio pubblicamente è perché so che, senza di loro, questo libro non ci sarebbe.

Rancate (Cantone Ticino), primavera del 2009.

L'ALTRA EVIDENZA DELLA STORIA GIURIDICA

“I knew you could know the words but not match them with the life. But to be able to do it right said something about you.”

R. FORD, *Wildlife*, 1990, p. 121.

I. Perché insegnarla? — II. Quando ci vuole? — III. Qualche esempio. — IV. E qualche prova contraria. — V. L'apparente atemporalità dei dogmi. — VI. Il tempo nel diritto. Tre situazioni. — 1. Vivere significa ricordare. — 2. Il messaggio alterato. — 3. L'astrazione e la sua storia. — VII. La storicità del diritto. — VIII. Se ci vuole, *quale* storia? — IX. Un'altra risposta allo stesso interrogativo. — X. Scoprire un nuovo paesaggio. — XI. Gli occhiali, senza i quali è difficile leggere. — XII. Conclusione.

I. *Perché insegnarla?*

Perché insegnare la storia del diritto? Questo interrogativo accompagna (rispettivamente rincorre) quotidianamente i giuristi. Se lo pongono di regola quando rivolgimenti politici, derive sociali, o anche solo un lento rimescolamento di valori, rimettono in discussione scelte e abitudini, e incitano a riflettere su metodi e contenuti dell'insegnamento, sulle materie canoniche da conservare e su quelle forse meno necessarie, quindi virtualmente in pericolo, perché espungende. Un periodico riesame dei curricula formativi connota da sempre la storia di questa materia: già nel secolo XIX disturbò i sonni di notissimi maestri, che ne scrissero spesso in toni perplessi ed accorati ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Lo documentano (fra molte altre sofferte 'storie') sia le amare riflessioni di Andreas Heusler jun. (che ripropone E.F.J. MÜLLER-BÜCHI, *Andreas Heusler. Seine "Rechtsquellen des Cantons Wallis" und die "Institutionen des deutschen Privatrechts"*, Schriften des Stockalper-Archivs in Brig, Heft 14, Brig 1970, p. 15; rilievi analoghi vengono riferiti da B.-R. KERN, *Andreas Heusler. Ein Schweizer Germanist*, Juristische

Per questo motivo già il riaccendersi della discussione, il semplice desiderio di aggiornare e se del caso modificare l'itinerario dei percorsi formativi turbano la serenità degli storici. Che li considerano segnali minacciosi, se ne sentono aggrediti, reagiscono spesso con visibile irritazione⁽²⁾. E lo fanno in sequela ad una strategia che ritengo garantistica. Suggerisce di puntellare dapprima lo spazio occupato finora dalla materia e di discutere solo in un secondo tempo, quindi al riparo da sgradite sorprese o da incursioni selvagge, il significato, l'utilità, i contenuti, le modalità del suo insegnamento accademico⁽³⁾. Potremmo anche dire: è una strategia che mira anzitutto ad ottenere una conferma globale ed astratta (perché preventiva), la cui valenza concreta verrà però definita solo più tardi. Quando si tenterà di specificare in cosa consista davvero l'utilità didattica di un rinvio specifico e sistematico alla dimensione temporale. Dopodiché i protagonisti di questo ennesimo salvataggio *in extremis* potrebbero esclamare, più o meno compiaciuti: "Anche stavolta ce l'abbiamo fatta!"⁽⁴⁾.

Ho molta comprensione per questa strategia e anche per le ragioni di chi la ritiene l'unica strada in grado di garantire la perennità della disciplina. Per capirle è bene non dimenticare il disagio che lo storico del diritto dedito all'insegnamento prova

Schulung 1984, Heft 12, p. 916 ss., la citazione specifica a p. 917), che la rassegnazione, che spinse J.J. Bachofen a rinunciare all'insegnamento accademico del diritto romano per mancanza di studenti (J.G.FUCHS, *J.J. Bachofen als Lehrer des römischen Rechts an der Universität Basel 1841-1844*, Schweizerische Hochschulzeitung 33, 1960, Sonderheft Universität Basel 1460-1960, p. 135-155, specialmente 151-152). Un'utile rassegna di commenti provocati nella Repubblica federale tedesca dalla 'crisi' (che si vuole costante o almeno — come spiegherò — intermittente) della disciplina storica si legge in D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 1-4.

(2) Reazione comprensibile, ma altresì criticabile. La critica, con ragionevoli motivi, P. GAUCH, *Über die Ausbildung der Juristen*, in *Richter und Verfahrensrecht*, Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern, in *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 127bis, 1991, p. 123-152, specialmente 136.

(3) Illustra egregiamente questa strategia ad es. la prolusione accademica di M. GUTZWILLER, *Die Gestaltung unseres Unterrichts im römischen Recht*, Bern 1922, p. 8.

(4) Così riassume la situazione in modo esplicito J.W. PICHLER, *Die Stellung und Bedeutung der Rechtsgeschichte in ausländischen Juristenausbildungsordnungen*, in H.C. FAUSSNER-G. KOCHER-H. VALENTINITSCH (a cura di), *Die österreichische Rechtsgeschichte. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Band 47, Graz 1991, p. 253 ss., la citazione a p. 253.

quotidianamente: si sente discriminato già per il fatto di non poter giustificare (e quindi legittimare) il proprio messaggio in modo così palese, indiscutibile e stringente, come chi insegna una materia qualunque del diritto positivo. Non gli è infatti possibile rinviare semplicemente alla 'vigenza' della sua disciplina. Si difende perciò ricorrendo alla strategia testé ricordata. Che, come dicevo, capisco, ma che purtroppo non posso condividere. E dalla quale vorrei perciò prendere qui le dovute distanze. Già perché oscura un fatto per me fondamentale, e cioè che il vero problema sotteso a queste interminabili discussioni *non* è il destino di una disciplina (che magari ci sta a cuore per motivi personalissimi, quindi sempre anche autobiografici), ma quello della formazione ottimale dei giuristi. Ragionare sul significato ed il valore delle singole discipline, decidere se inserirle in un *curriculum* obbligatorio oppure opzionale, valutare secondo quali modalità insegnarle: tutto questo ha senso solo se avviene esplicitamente nell'ambito di un discorso didattico, volto per sua natura a riflettere sulla qualità dell'insegnamento (5).

Ma la strategia garantistica ha un altro difetto: è controproducente poiché, preferendo rinviare ogni discussione, zittisce inutilmente tutti quegli interlocutori che, per un motivo o per un altro, ritengono superfluo ragionare sulla temporalità del diritto e quindi inopportuno accennarvi anche in sede di insegnamento. Peccato, penso io: perché in fondo proprio a loro dovremmo offrire l'occasione di spiegarsi, di evocare in dettaglio le ragioni della loro opposizione. E questo non, come qualcuno potrebbe pensare, per costringerli a confessare la modestia dei loro argomenti, ma nella convinzione che solo così possa istaurarsi quell'atmosfera culturale, che permetta poi allo storico di contrapporre efficacemente all'evidenza del diritto positivo quella, altrimenti operante ma non per questo meno imperativa, della storia.

Confortato dunque da quest'ultima certezza mi accingo anch'io a ragionare sul significato (ma dovrei forse dire: sulla missione) di questa 'mia' disciplina. Perché mi accorgo che il tema non solo mi attrae, ma in realtà mi assedia e mi incita ora a partire. Capita (pare)

(5) Lo ricorda opportunamente A. CORBINO in un suo intervento in AA.VV., *Il diritto romano*, p. 168.

anche ai pittori. Spesso non sono loro a scegliere i colori, ma ne vengono agguantati, come sapeva bene Paul Klee ⁽⁶⁾.

Forse proprio il fatto di rifarmi ad una certezza, che mi nutre ma non mi condiziona, mi permette di affrontare l'argomento (essenziale e sempre anche spinoso) senza paure e (spero) anche senza complessi. Non ho l'ambizione di proporre teorie nuove ed originali; nemmeno quella di rivelare formule taumaturgiche o di incantare serpenti. Mi interessa una cosa sola, ma arrivarci sarebbe già molto. Mi interessa riportare alla luce verità dimenticate, riscoprire *quella* evidenza, che da sempre opera, impercepita e quindi silenziosa. Aspiro a rimuoverla dalla sua latenza, a recuperarla, a parlarne, a farla rifluire nei nostri ragionamenti. Non perché sia una cosa eccellente o ci torni utile. Nemmeno perché (magari) ci convince. Solo perché c'è. Basterebbe.

II. *Quando ci vuole?*

L'interrogativo che desidero dunque affrontare va doppiamente specificato, anche per evitare tutti quei malintesi, che spesso hanno complicato, persino vanificato le nostre discussioni.

Anzitutto: ragionerò esclusivamente dell'insegnamento accademico di questa disciplina storica. Il suo organigramma scientifico, il posto che occupa nel cosmo ricco e articolato della scienza storiografica, i temi che la ricerca potrebbe o dovrebbe approfondire utilmente, questi ed altri argomenti — tutti interessanti e tutti legittimi — esulano perciò completamente dall'ambito delle mie riflessioni ⁽⁷⁾. È meglio dirlo subito per evitare equivoci imbarazzanti.

⁽⁶⁾ Il 16 aprile 1914, dopo aver acquerellato di buon mattino “vor den Toren von Kairuan” e dopo aver disegnato per il resto del giorno in città, Paul Klee scrisse nel suo diario: “Ich lasse jetzt die Arbeit. Es dringt so tief und mild in mich hinein, ich fühle das und werde so sicher, ohne Fleiss. Die Farbe hat mich. Ich brauche nicht nach ihr zu haschen” (P. KLEE, *Tagebücher 1898-1918*. Textkritische Neuedition, a cura di W. Kersten, Stuttgart-Teufen 1988, p. 350; la versione italiana in P. KLEE, *Diari 1898-1918*, Prefazione di G.C. Argan, con una nota di Felix Klee, Milano 1994, p. 301).

⁽⁷⁾ Ma rinuncio malvolentieri ad occuparmene. Perché in un mondo, ove apparentemente esiste e va comunque promosso solo quanto ‘serve’, avrei ragionato con passione sulla tesi contraria. Per essa anche la storiografia (come del resto, ed *heureusement*, molte altre cose) “trägt ihren Sinn in sich selber”, (così P. LIVER, *Die Bedeutung des deutschen Privatrechts*, p. 375), senza essere funzione di qualcosa. Ma per farlo avrei

Secondariamente: la formazione accademica, della quale mi occuperò, è quella dei giuristi, e non degli storici. Quindi la disciplina, della quale mi occuperò, non fa parte dell'insegnamento impartito nelle facoltà di storia, filosofia, lettere o magistero, ma rientra in un *curriculum*, che intende preparare i giovani a maneggiare diritto positivo. Ne consegue che, tenuto conto degli scopi di questo studio e delle opzioni didattiche che suggerisce, magari anche impone — non sarebbe perciò fuori luogo ritenerle condizionamenti, persino vere e proprie 'limitazioni' (8) — la disciplina storica va prevista ed insegnata *solo se si rapporta sostanzialmente al mondo del diritto positivo*. La semplice prospettiva di far capo alla storia per *arricchire, abbellire* oppure *completare* un insegnamento in realtà monopolizzato dal diritto vigente, non basterebbe. Non dobbiamo accontentarci di queste mezze misure, ma rivendicare un profilo molto più radicale e austero. Quindi batterci per inserire (o confermare) la nostra disciplina nei programmi di studio solo se ci riesce anche di dimostrare in modo irrefragabile che rappresenta un *momento costitutivo della positività del diritto*. Ci si arriva mettendo a fuoco tutte quelle ragioni, senza tener conto delle quali non è possibile appurare né il significato, né i limiti (rispettivamente l'esatta valenza) delle regole del diritto positivo, ossia il posto da esse occupate nel reticolo sociale. Potremmo dire: la storia del diritto assurge a disciplina irrinunciabile se l'immagine del diritto vigente, proposta senza ricorrervi, risultasse frammentaria, mùtila o menzognera. Stando così le cose, è troppo poco affermare che la dimensione storica propizia (o facilita) (9) la percezione del diritto positivo. In realtà solo essa la rende possibile.

dovuto mettere al centro delle mie riflessioni il concetto (slabbrato) di *utilità*, abbandonando così l'area tematica di questo contributo.

(8) Vi accennano opportunamente P. CERAMI e P. PERLINGIERI in AA.Vv., *Il diritto romano*, p. 73 e 122.

(9) Si accontenta invece di questo sostegno supplementare, fra molti altri, anche P. MUTZNER, *Vom Wert der Rechtsgeschichte*, Zürich 1919 (qui citato nella versione ripresa in H. Merz-D. Schindler-H.U. Walder [a cura di], *Juristengenerationen und ihr Zeitgeist*. Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten, Zürich 1991, p. 45 ss., la citazione a p. 47).

III. *Qualche esempio.*

Sarà prima o poi necessario appurare il significato concreto (e programmatico) di queste formule, per ora ancora vago. Ma prima di tentarlo vorrei citare *en passant* situazioni storiche che documentano proprio quanto mi sta a cuore. Mostrano infatti come un approccio storico (o perlomeno storicizzante) potè imporsi quale strategia ottimale per descrivere, applicare e aggiornare il diritto vigente.

Il primo esempio ce lo offre l'umanesimo giuridico. Storicizzando il *Corpus iuris* ne favorì una lettura non irretita dal principio d'autorità. Capace perciò di gettare le basi di una dottrina del diritto nazionale sottratta alle logiche ed ai ricatti del diritto comune, ed in questo senso autonoma ⁽¹⁰⁾. Il secondo esempio rinvia ai ripetuti tentativi di assegnare all'insegnamento della storia giuridica mansioni disciplinari, ossia di imporne lo studio agli studenti nella speranza di 'vaccinarli': funzionale com'era all'adozione di propositi moderati (così almeno sembrò lecito sperare), ne avrebbe fatto servi fedeli e ravveduti. Come illustra egregiamente la riforma degli studi giuridici varata in Austria nel 1855 ⁽¹¹⁾ e come documentano altri *exempla* non meno problematici ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Nitida la linea tracciata da R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 193-207, 606-642; IDEM, *"Diritto". Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 349 ss.; V. PIANO MORTARI, *Aspetti, passim* e specialmente p. 33, 36, 49-50, 166-169; L. RAGGI, *Scritti*, p. 81, 119, 135 ss.

⁽¹¹⁾ Fondamentale H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Graz-Köln-Wien 1962, *passim*. Ma già un contributo del 1953 aveva anticipato qualche esito della ricerca: IDEM, *Die romantisch-konservative Richtung der deutschen Rechtsgeschichte*, in *Der Geschichtsfreund. Mitteilungen des historischen Vereins der fünf Orte*, 106, 1953, p. 5-37, specialmente 13-17. Altri ragguagli in P. HORVÁTH, *Vergleichende Rechtsgeschichte. Wissenschaftsgeschichte und Methodik*, Budapest 1979, p. 119 ss.; P. CARONI, *Der unverständene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in K. Ebert (a cura di), *Festschrift H. Balll zum 60. Geburtstag*, Innsbruck 1978, p. 107-122, specialmente 118 ss.

⁽¹²⁾ Rinvio generale a questi esempi in A. MENGER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Rektoratsrede, 2. Auflage, Wien-Leipzig 1905, p.14 ss. Esempi svizzeri citano: E. GRUNER, *Konservatives Denken und konservative Politik in der Schweiz*, in G.-K. Kaltenbrunner (a cura di), *Rekonstruktion des Konservatismus*, 2. Auflage, Freiburg i.Br. 1973, p. 241 ss., 260 ss.; P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit à Genève*, in AA.VV., *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N. 65, Genève 1980, p. 15 ss., 29-31.

Ma il caso più eloquente resta pur sempre quello della scuola storica. Contrariamente alle attese suscitate dalla sua denominazione, e in questo senso almeno parzialmente giustificate — perché sembravano anzitutto incoraggiare ricerche di natura esclusivamente storica — essa si proponeva in realtà di rivisitare la dottrina del diritto *vigente*. E lo faceva rivalutando parzialmente la tradizione (che sembrò comodo chiamare *Überlieferung*) e prescindendo dalla legislazione. Nell'ambito di questo programma, che anticipava *in nuce* l'assalto della *Begriffsiurisprudenz*, alla storia fu accollato un compito preliminare ma essenziale: quello di appurare la consistenza del diritto vigente, quindi di esaminare e decidere se una soluzione del diritto storico fosse tuttora valida, e perciò applicabile, oppure non fosse stata nel frattempo rimossa da una consuetudine contraria o da nuova legislazione⁽¹³⁾. Già per questo motivo, quasi a sottolineare l'importanza del servizio reso al giurista, la storia fu durevolmente incardinata nel piano di studi disposto da Savigny. C'è chi vi vede l'origine dei nostri regolamenti di studi, massime del posto ivi rivendicato dalle discipline storiche; e non manca chi lo considera tuttora un modello⁽¹⁴⁾. Sbagliando, credo. Poiché nel frattempo le codificazioni hanno rimescolato le carte e riordinato il gioco secondo le esigenze del nuovo sistema delle fonti. A farne le spese furono anche (ma meno rapidamente del temuto) le materie storiche, *in primis* quelle romanistiche. Ma questa è un'altra storia, complessa e pure contraddittoria, che non pare opportuno raccontare qui.

IV. *E qualche prova contraria.*

Torniamo dunque alla nostra tesi: ridotta all'osso vede in un

(13) Così notoriamente F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 137, 140, 151, 154. Sull'interpretazione di questi frammenti v. P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, 9, 1980, p. 69 ss., specialmente 77-80; M. BRETONE, *Fra "storia dei dogmi" e storia sociale*, ora in *Diritto e tempo*, p. 171-172.

(14) Accenna a questi temi e formula giudizi parzialmente discordi H. COING, *Die Juristenausbildung der deutschen historischen Schule als eines der Modelle des 19. Jahrhunderts*, in A. Giuliani-N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica*, I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, Perugia 1975, p. 115 ss., 121; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 5 ss.

insegnamento privo della dimensione storica un messaggio frammentario, perciò ingannevole. Come metterla a fuoco e come documentarla? Magari passandola al vaglio di quelle situazioni, alle quali anche in un passato recente parve utile rinviare e nelle quali tradizionalmente si scorse una conferma della centralità della storia. Ma che, come vedremo, in realtà ne documentano qualcosa d'altro, ossia la marginalità. Ragione per cui le ritengo piuttosto prove contrarie.

Un *primo caso* rinvia a istituti giuridici, che — per ragioni che qui è superfluo specificare — un codice decide di sopprimere. Non avendo di regola forza retroattiva, deve però tollerarli anche in futuro, se furono validamente costituiti sotto l'impero del diritto precedente. Ad esempio prescrivendo che vi restino sottoposti fino alla loro estinzione. Il che richiama in gioco la storia: questa essendo — nella situazione concreta — l'unica istanza competente a gestire transitoriamente la situazione, rispettivamente a fornire i ragguagli necessari per risolvere eventuali conflitti. Questo è in sé innegabile⁽¹⁵⁾. Ma basta forse, questo ricorso eccezionale a norme in realtà estinte, a documentare la necessità dell'insegnamento della storia? Ne dubito. Anche perché, proprio in questi casi, le risposte che la storia è in grado di dare non sono semplici ragguagli o consigli, ma ordini tassativi. Il che significa: impartendoli ci ingiunge di abbandonare l'ambito storico e di insediarsi in quello del diritto vigente.

Nel *secondo caso* viene enfatizzato il ricorso alla storia nella procedura legislativa. Si asserisce così che il legislatore, non potendo sperimentare in laboratorio, farebbe volentieri ricorso agli insegnamenti del passato, se ne servirebbe sia per evitare gli errori già commessi che per confermare le scelte indovinate⁽¹⁶⁾. Sono ragio-

⁽¹⁵⁾ Ragionano su questo impiego della storia P. LIVER, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts*, p. 377-378; IDEM, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I, *Einleitung* (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, N. 25-29 zu Art. 5 ZGB; T. BÜHLER, *Der Kampf um das Fideikommiss im 19. Jahrhundert*, in ZSR NS 88, 1969, I, p. 131 ss. Anch'io ho affrontato a due riprese tematiche legate a riserve transitorie, tentando di evidenziare il ruolo ambiguo che la storia spesso vi gioca: *In tema di superficie arborea (ius plantandi) nella prassi cantonale ticinese*, in *Rivista patriziale ticinese* 25, 1971, p. 1 ss.; *Il riscatto della proprietà per piani originaria nel diritto ticinese*, in *Repertorio di giurisprudenza patria* 105, 1972 (Studi in onore di Peter Liver), p. 9 ss.

⁽¹⁶⁾ Rinvio generico a questa notissima tematica ad es. in B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Ristampa inalterata della 4^a edizione, Milano 1972, p. 7 ss.

namenti, questi, che sollevano grossi interrogativi di natura giusfilosofica: quelli sulla ripetizione, la continuità, la ricezione, che sarebbe fuori posto approfondire qui ⁽¹⁷⁾. E in più mi chiedo se non sia sproporzionato (per non dire velleitario) sperare un tale aiuto dal passato. Un aiuto, al quale comunque potrebbe rifarsi non tanto il giurista in generale, quanto solo il legislatore in particolare.

Chi poi tentasse, *in terzo luogo*, di salvare la disciplina accampano l'importanza dell'interpretazione storica del diritto vigente ⁽¹⁸⁾, le renderebbe in realtà un cattivo servizio ⁽¹⁹⁾. Per almeno due motivi. Anzitutto perché l'incidenza di questa interpretazione è notoriamente controversa. Secondariamente poiché sarebbe non solo discutibile, ma sbagliato, affermare *per exclusionem*, che solo questo canone interpretativo rinvia alla storia, la valorizza, ne tiene conto. È vero piuttosto il contrario, perché anche chi preferisce far capo ad altre tecniche interpretative, innervate nel reticolo che riga il presente, *opera nel tempo* e conferma, con la sua scelta, la storicità del diritto, a patto di intenderla — come si dirà ancora — quale temporalità ⁽²⁰⁾.

Resta, quale *ultima ratio*, l'appello — non di rado patetico — alla funzione culturale della storia: fu comune a moltissimi protagonisti di questa nostra disciplina, stavolta senza distinzioni di campo ⁽²¹⁾. Suona alle mie orecchie come un'implorazione estrema

⁽¹⁷⁾ Vedi G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 5 ss.

⁽¹⁸⁾ Riflettono su luci ed ombre di questa interpretazione P. LIVER, *Der Wille des Gesetzes*, Rektoratsrede, Bern 1954, *passim*; A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich 1951, *passim*, ma specialmente p. 44 ss., 55 ss. e 137 ss.; IDEM, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I, *Einleitung* (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, N. 151, 214 ss. zu Art. 1 ZGB.

⁽¹⁹⁾ D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 28 ss.; G. DILCHER, *Beitrag*, p. 247 ss., 251.

⁽²⁰⁾ Rilievi essenziali formulano in merito G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 18-21 e G. DILCHER, *Beitrag*, p. 255-256.

⁽²¹⁾ Fra i molti esempi citabili scelgo: R. BADER, *Schweizerische Rechtsgeschichte und Kodifikation*, Antrittsrede, Zürich 1901, p. 25-26; H. PETER, *Die juristische Fakultät und ihre Lehrfächer. Ein geschichtlicher Überblick*, in *Studium Generale* 16, 1963, p. 65 ss., 74; A. BECK, *Itinera iuris*, p. 337 ss. Propone altri autori D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 17.

e disperata, che spesso nasconde pietosamente una verità impietosa, ossia l'avvenuta esautorazione ⁽²²⁾. Una storia giuridica così indissolubilmente legata alla cultura del tempo mi appare invero costantemente in pericolo. Scompare insieme con *quella* cultura, che aveva finora contribuito a trasmettere. Quando infatti emergono nuovi valori, si formano nuovi miti, si affermano nuovi *paradigmata*, le vecchie descrizioni sbiadiscono, hanno fatto il loro tempo. Si trasformano in solitarie *escapades* sempre più esotiche, che nessuno più desidera, di cui più nessuno sente (o lamenta) la mancanza. All'interrogativo volto a chiarire *hic et nunc* la valenza culturale di questa nostra disciplina risponderai perciò così:

ovvero la cultura non ci connota più, evoca al massimo una cornice più o meno appropriata al motivo che inquadra e sa solo strapparci uno stanco sorriso: nel qual caso dovremmo avere il coraggio anche di rinunciarvi e di separarcene;

ovvero ci accorgiamo di averne bisogno, già perché "non si limita a dar ragione alle nostre idee, ma le mette in gioco, creando anche qualche problema a noi stessi" ⁽²³⁾. Se così davvero fosse, la cultura impedirebbe alle nostre certezze di degenerare, di trasformarsi in potere ed in arroganza. Ne sarebbe perciò auspicabile una presenza sempre più ubiquitaria e pervasiva. Da cui si deduce che anche nell'ambito di una facoltà non può essere delegata: né ad una singola disciplina, men che meno ad un singolo collega, forse ancora l'unico che sappia decifrare il latino. *Tutti* dovrebbero allora impe-

⁽²²⁾ Scrivendolo penso soprattutto al destino toccato in sorte alla nostra disciplina nelle facoltà giuridiche francesi. Ne hanno ragionato L. RAGGI, *Scritti*, p. 54, 114; J. GAUDEMET, *La riforma degli studi superiori di diritto in Francia*, in *Labeo* 2, 1956, p. 126-127; A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris 1975, p. 200. Ma va altresì ricordato che l'evoluzione successiva a questi pessimistici *statements* fu parzialmente migliore delle previsioni e restituì qualche smalto alla disciplina. Lo ricorda M. QUENET, *Rapport sur l'enseignement de l'histoire du droit dans les facultés de droit françaises*, in P. GROSSI (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 339-355.

⁽²³⁾ U. GALIMBERTI, *Il gioco delle opinioni*, Milano 1989, p. 49. A p. 10 si anticipava che "la cultura educa perché non immobilizza, perché desitua, perché non offre mai un terreno stabile e sicuro su cui edificare le nostre costruzioni, perché l'apertura che chiede sfiora l'abisso dove non c'è nulla di rassicurante, ma dove è anche scongiurata la monotonia della ripetizione, dell'andare e riandare sulla stessa strada, senza compagni di viaggio, senza nessuno da incontrare".

gnarsi ad insegnare diversamente *tutte* le materie, quelle storiche come quelle positive, le nozioni generali e i dogmi, come il dettaglio. Ma insegnare diversamente significa anche far emergere le implicazioni sociali dell'evoluzione e non tacere i limiti che in ogni società condizionano l'incidenza del diritto, frenandone talvolta le spinte più autentiche.

V. *L'apparente atemporalità dei dogmi.*

Chi si imbatte nell'universo giuridico, poiché la vita pratica ve lo costringe, di regola ignora la storicità sottesa alle singole norme del diritto positivo. Il proprietario di un fondo che pretende dal vicino la concessione di un passo necessario; l'operaio al quale viene contestata la durata contrattuale delle ferie; e più generalmente l'attore che si richiama al diritto positivo per vedere onorata la propria pretesa: a tutti loro il diritto mostra piuttosto un volto granitico ed impenetrabile, non scalfito dal tempo, privo di pieghe, di rughe e di grinze. Che non interpella e non rinvia. La sua glaciale indifferenza sembra corroborare e trasmettere certezze assolute. Si presenta sempre così, il diritto: freddo e immutabile. Non desta stupore, né implora commenti. È probabile che solo così, immobile e inesorabile, possa corrispondere alle attese dei destinatari, massime di quelli decisi ad avvalersene.

Se spesso ci accontentiamo di questa prima impressione è forse perché non supporteremmo altre risposte. Quel suo volto immobile ed inossidabile ci conviene così, forse perché è un corrimano sicuro. Al diritto ci affidiamo con la stessa fiducia, con la quale scendendo le scale ci appoggiamo al corrimano. E se cominciasse a traballare? Non sarebbe più un corrimano, ma un aggeggio inutile e pericoloso. Lo stesso destino tocca al diritto: se veicola incertezze, non serve più.

È una diagnosi, questa, che non deve e non può stupire. Siamo stati educati così, ad interiorizzare i dogmi giuridici, convinti com'eravamo un po' tutti che si spiegassero da sé, che né esigessero, né tollerassero ulteriori (perché nel dubbio sgraditi) accertamenti. C'è poco da meravigliarsi di tutto questo, se solo pensiamo che anche nei rapporti interpersonali ci comportiamo proprio così. Ci consideriamo l'esito, più o meno felice, della nostra storia; ma non ci ac-

corgiamo di quella storia, che parimenti spiega l'atteggiamento dei nostri interlocutori. O la cancelliamo preventivamente dal nostro immaginario. Se il nostro interlocutore si comporta 'normalmente', si controlla, si nasconde dietro ad una facciata priva appunto di pieghe, di rughe e di grinze, proprio come il diritto appena evocato, non c'è per noi motivo alcuno di dubitare, di scavare, di rivolgere domande 'indiscrete'. Deve succedere qualcosa di eccezionale, non previsto dal copione abituale, per indurci a riflettere, per costringerci a capire. Se ad esempio la persona, con la quale ci intratteniamo, piange, appare depressa, o si muove su una sedia a rotelle: solo quando si accendono questi segnali i nostri occhi *finalmente* vedono, realizzano, interpellano, *scoprono* la storia dell'altro. Ma perché solo allora?

Ho la massima comprensione per queste ireniche attese, per questo desiderio così umano e condivisibile di chiarezza e certezza. Ma mi chiedo ugualmente se tutto ciò possa venir garantito dal diritto di una società sempre più globalmente antagonista. Se, stando così le cose, non sia poco realistico e comunque ingiustificato sperarlo. Se l'impegno assunto dal diritto, quello di reiterare *ad infinitum* lo stesso intatto messaggio, non sia per caso una promessa di marinaio. Se non sia perciò più onesto preferirle — per amara che sia — la verità. Penso infatti che l'ovvietà e l'immobilità, che i dogmi giuridici spesso e volentieri irradiano, siano predicati ottenuti solo dopo aver oscurato tutto quanto poteva disturbare. Se non vogliamo cadere nel tranello che ci tendono e convalidare implicitamente connivenze poco raccomandabili, dobbiamo allora recuperare tutto quanto fu oscurato, nascosto, taciuto. Non dobbiamo più accettare i dogmi senza continuamente stupircene, dobbiamo smascherare la loro ovvietà, riconsegnarli alla loro storia. Dobbiamo recuperare tutto quanto l'astrazione aveva deciso di ignorare ed accantonare, solo poiché — disturbando l'armonia del messaggio — ne avrebbe parimenti impedito una corale recezione. C'è dunque solo un mezzo, per ristabilire la verità del diritto: storicizzarlo.

VI. *Il tempo nel diritto. Tre situazioni.*

Ho formulato un auspicio, al quale si può aderire oppure rinunciare, fermo restando che, anche qui, è bene non illudersi e

scambiare il nostro desiderio con la realtà. Perché la realtà attesta che davvero c'è chi dissente; e svela pure che ciò capita spesso in vista di ottenerne un vantaggio, non fosse altro che di natura ideologica. Chi ci conta troverà infatti comodo vedere nei dogmi facciate affidabili ed incontestate, dietro alle quali vale talora la pena rifugiarsi.

Sul filo di questi ragionamenti ci riaccostiamo dunque alla storia: ci aiuta a capire, ma non ci costringe ancora a batterne le strade. Sarebbe perciò prematuro evocarne già qui l'*evidenza*. Lo farò solo dopo aver sperimentato che in realtà l'incontro con la storia, la disponibilità a riflettere sui problemi che solleva e sulle domande che ci rivolge, solo apparentemente dipende da noi, dalla nostra sensibilità culturale, dal nostro senso di giustizia, o addirittura dal caso. Perché a ben vedere la storia ci interpella *diversamente*, proponendosi non come una delle tante strategie che aspirano a decifrare il messaggio veicolato dal diritto vigente, ma come l'*unica* in grado di farlo con un minimo di credibilità. Il che significa che in realtà non ci invita, *ma ci convoca*.

È facile, persino ovvio, affermarlo. Ma come convincere chi non se ne lascia subito sedurre? Tento di aggirare l'ostacolo ragionando su tre situazioni quotidiane. Nelle quali dunque ci si imbatte, anche senza volerlo. Convergono in un punto: non si accontentano di dimostrare che l'incontro con la storia è possibile e magari stimolante, ma comunque solo episodico. Tematizzano piuttosto qualcosa di diverso e più coinvolgente, ossia l'*inerenza della storia* (anche) *al diritto*. Documentano, per essere ancora più espliciti, il fatto che proprio solo seguendo le orme del tempo, dopo averne selezionato ed interpretato i segnali, siamo in grado di appurare il messaggio sotteso al diritto positivo e di corrispondervi.

1. *Vivere significa ricordare.*

La prima situazione non è specifica del mondo giuridico, ma ha una valenza generale, poiché rinvia alla struttura biologica dell'uomo, e probabilmente per questo motivo è universalmente nota. A differenza degli animali non umani, che sono letteralmente programmati (e difesi) dagli istinti, gli uomini ne sono relativamente poveri. Gli istinti fissano un modello di comportamento, al quale l'animale non umano, ad esempio Bootsie, il gatto americano di mia

figlia, si adegua automaticamente e necessariamente. Senza selezionare informazioni, senza valutare ragioni, senza far capo a ricordi, ma non già per questo senza memoria ⁽²⁴⁾. Le rondini non consultano il calendario e non studiano l'astrolabio per decidere la data e la direzione del loro lungo volo. L'uomo vive invece in tutt'altre condizioni. Viene continuamente sollecitato da interessi, stimoli e percezioni, che lo assediano ed incalzano e che certamente lo soffocherebbero, se non li tenesse a bada selezionandoli. Selezionarli gli salva la vita. Lo impara a sue spese man mano che cresce. L'educazione gli recapita tutte quelle informazioni, gli comunica tutte quelle direttive, che gli permettono poi di autogestirsi. Così il bambino impara e deposita quanto via via conquista nella memoria. Per sopravvivere vi farà capo, *se ne ricorda*. Di qui la centralità del comando: "Ricordati!". "*Remember me!*" ingiunge lo spettro del padre ad Amleto; "*You must remember this!*" ripete ossessivamente la canzone nel film — appunto indimenticato! — *Casablanca*, del 1942 ⁽²⁵⁾. Ma è anche vero che né l'ossequio a questo comando, né quella specifica, incontestabile continuità fra passato e futuro, che gli è visibilmente sottesa, possono venir imposti. Posso desiderare, persino sforzarmi di ricordare, senza tuttavia conseguire l'esito auspicato. Ricordarsi è dunque una faccenda dello spirito, una procedura che esplora il vissuto scegliendo ed aggiornando. Dato che le sue leggi non ci sono note, si sottraggono sia alle nostre previsioni che ai nostri interventi. Ognuno di noi del resto se ne accorge, l'ha certamente già sperimentato; poiché ognuno di noi sa che la memoria occasionalmente non risponde alle nostre sollecitazioni e si rifiuta di rivelare un dato a suo tempo incasellato. Ed in compenso ci rammenta verità amare o dolorose, che volentieri

⁽²⁴⁾ Sulla cosiddetta memoria naturale degli animali non umani v. ora F. CIMATTI, *La mente silenziosa. Come pensano gli animali non umani*, Roma 2002, p. 92 ss.; IDEM, *La scimmia che si parla. Linguaggio, autocoscienza e libertà nell'animale umano*, Torino 2000, p. 137 ss.

⁽²⁵⁾ Considerato *cult movie* da generazioni di cinefili, caduto ad intervalli regolari nella rete tesagli da bravi giornalisti (v. ad esempio G. TAYLOR nel *Corriere della sera* del 12 aprile 1992 e A. MASSARENTI ne *Il Sole - 24 ore* del 4 settembre 2005), è stato recentemente intrappolato da un antropologo, che ne ha fatto però solo "il montaggio di alcuni ricordi": M. AUGÉ, *Casablanca*, Torino 2008.

vorremmo dimenticare ⁽²⁶⁾. Confermando così che siamo condizionati in modo necessario e determinante dal nostro passato. Non esagera perciò chi afferma che siamo in realtà la nostra memoria. Ossia che risultiamo da quanto essa nota, accumula e riordina, dalle cose nuove, che accuratamente registra, come da quelle già acquisite, che ora accantona ⁽²⁷⁾. Dimenticare non è perciò necessariamente un processo negativo, ma la conseguenza di un riassetto degli *archives de la mémoire*; ossia, se vogliamo, un rimescolamento della giacenza, che spesso è indispensabile, poiché altrimenti “l'uomo penserebbe continuamente alla propria morte e non costruirebbe case e non intraprenderebbe nulla” ⁽²⁸⁾. Oppure perché solo così pare talvolta possibile garantire ad una persona attempata, in un contesto sociale sempre più concitato, quindi tendenzialmente ostile, una sopravvivenza non solo decorosa, ma gratificante ⁽²⁹⁾. O finalmente perché senza oblio preventivo il progresso scientifico sarebbe meno facile o meno agevole da conseguire ⁽³⁰⁾. Comunque sia: l'essenzialità, la centralità di tutto questo nel destino dell'uomo è stata recentemente riassunta — con la lingua suadente ma incisiva dello scrittore — da Lorenzo Mondo. Cito dal suo primo romanzo: “Ricorda, guai se non ricordi, se smetti di ricordare. Soltanto così sai di esistere, sanno che esisti” ⁽³¹⁾.

⁽²⁶⁾ Insuperata in merito la saggezza di un grande moralista spagnolo del XVII secolo: “Saper dimenticare è una fortuna più che un'arte. Le cose che si vorrebbero dimenticare sono quelle di cui meglio ci si ricorda. La memoria non solo ha l'inciviltà di non sopperire al bisogno, ma anche l'impertinenza di capitare spesso a sproposito” (B. GRACIÁN, *Oráculo manual y arte de prudencia*, 1647, citato qui nella traduzione di P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio. Sei saggi di storia delle idee*, Bologna 1991, p. 195, ove si rinvia opportunamente all'ascendenza ciceroniana del tema).

⁽²⁷⁾ R. MALACRIDA (a cura di), *Smemorata memoria o degli inesauribili “luoghi” della memoria*, Comano 1990, *passim* e specialmente p. 25-26 (G. ABRAHAM) e 30-31 (G. PALO).

⁽²⁸⁾ Con queste parole Rabbi Baruch tentò di spiegarsi, in pieno Settecento, perché Dio avesse permesso all'uomo di dimenticare. Così nel racconto di M. BUBER, *I racconti dei Chassidim*, Milano 1979, p. 56.

⁽²⁹⁾ R. Malacrida (a cura di), *Smemorata memoria*, p. 28-29 (G. ABRAHAM), 62-65 (B.G. BARA), ma specialmente 101-107 (L. BIZZINI).

⁽³⁰⁾ P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio*, p. 24-25, 155 ss.

⁽³¹⁾ L. MONDO, *I padri delle colline*, Torino 1988, p. 9.

2. *Il messaggio alterato.*

Nel bel mezzo della seconda situazione ci troviamo quando ci proponiamo di appurare il significato di una norma giuridica, magari in vista di ricorrervi per decidere una vertenza. Poiché proprio in questa occasione ci accorgiamo di due cose, ambedue essenziali: che la norma ci viene recapitata in forma scritta e che è incorniciata dalla sua storia.

a) La redazione scritta di articoli, norme e regole caratterizza profondamente la nostra tradizione giuridica e condiziona il nostro modo di gestire il diritto positivo. Per questo motivo siamo spesso tentati di retrodarla, persino di farla risalire alle origini dell'esperienza giuridica. In realtà è il frutto di un'evoluzione, che non ha solo modificato la forma, ma pure il contenuto del relativo messaggio. Dal mitico contesto iniziale dell'*indicibilitas* si passò dapprima alla formulazione esplicita della parola ed alla tradizione orale, da questa poi alla redazione scritta del messaggio⁽³²⁾. Per rendersi conto della portata di questo cambiamento, di cosa potè significare per chi finora aveva comunicato solo oralmente, c'è solo una cosa da fare: rileggere le ultime battute del *Phaidros*, nelle quali Platone decanta la vivacità e la ricchezza della tradizione orale e confessa di temere la transizione alla comunicazione scritta. Sottraendo questa il messaggio alla tutela finora esclusiva dell'autore, lo avrebbe infatti abbandonato alla libera e spesso deformante interpretazione del destinatario⁽³³⁾. I timori di Platone furono tosto confermati. Oggi è

⁽³²⁾ Introducono magistralmente al tema, che è molto complesso, R. BARTHES-E. MARTY, *Orale-Scritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, volume 10, Torino 1980, p. 60-86.

⁽³³⁾ PLATONE, *Fedro*, Introduzione, traduzione, note e apparati di G. Reale, Milano 1993, 228D/E, 235D/E, 274B/278E. Indimenticabile 275D/E: "Perché, o Fedro, questo ha di terribile la scrittura, simile, per la verità, alla pittura: infatti, le creature della pittura ti stanno di fronte come se fossero vive, ma se domandi loro qualcosa, se ne restano zitte, chiuse in un solenne silenzio; e così fanno anche i discorsi. Tu crederesti che parlino pensando essi stessi qualcosa, ma se, volendo capire bene, domandi loro qualcosa di quello che hanno detto, continuano a ripetere una sola e medesima cosa. E una volta che un discorso sia scritto, rotola da per tutto, nelle mani di coloro che se ne intendono e così pure nelle mani di coloro ai quali non importa nulla, e non sa a chi deve parlare e a chi no. E se gli recano offesa e a torto lo oltraggiano, ha sempre bisogno dell'aiuto del padre, perché non è capace di difendersi e di aiutarsi da solo". Sull'importanza di questa critica alla scrittura v. T.A. SZLEZAK,

quasi superfluo ricordare che la redazione scritta provoca un salasso semantico. Una volta trascritto, il messaggio orale appare spesso svigorito, parziale, equivoco: ha perso lo smalto iniziale. Mi ricorda (a ognuno la sua fantasia!) i fiori compressi nell'erbario. Quelli di lavanda, ad esempio. Il colore è sbiadito, il profumo l'ha riassorbito la carta, l'essenza si è volatilizzata. Restano chicchi grigi ed informi: un melanconico ricordo. Bene, questo e non altro è il destino ineluttabile del messaggio scritto. Una caricatura mùtila ed esanime del concetto originario; propone “discorsi che non sono capaci di difendersi da soli col ragionamento e che non sono nemmeno capaci di insegnare la verità in modo adeguato” (34). E quindi sprofondata nel terreno paludoso ed infido delle interpretazioni, delle supposizioni, delle congetture.

b) Se la regola giuridica non si consegna mai da sola all'attenzione del destinatario e alla gestione del giurista, ma arriva loro sempre incorniciata dalla sua storia, questo non succede per un discutibile sfizio del destino. È piuttosto la conseguenza di un fatto ineluttabile e incontrovertibile: che ci viene recapitata dal passato, da un passato che può essere prossimo o remoto. Già per questo motivo i giuristi ci appaiono quali “uomini del passato”, *Vergangenheitsmenschen* per antonomasia, se già ce ne sono (35). Il reticolo normativo, nel quale solitamente si muovono, è marcato dal tempo, rinvia sempre ad un aldilà temporale; chiede perciò di venir gestito con attenzioni, che ricordano — neppur troppo vagamente — l'impegno dell'archeologo. Dal che si deduce che al salasso semantico indotto dalla redazione scritta si aggiunge ora l'insicurezza semantica inevitabilmente provocata dallo scarto temporale. Certo, il legislatore si industria di ovviarvi. Cerca di bloccare il tempo. Ma il tempo invariabilmente gli sfugge. Non lo si può rinchiudere in casa, come si fa con un gatto ancora ignaro dei paraggi. Passa, passa

Platon und die Schriftlichkeit der Philosophie, Berlin-New York 1985, *passim*; B. CENTRONE, *Introduzione a PLATONE, Fedro*, Traduzione di P. Pucci, Introduzione di B. Centrone, Roma-Bari 1998, p. XXIX ss.

(34) PLATONE, *Fedro*, 276C (nella traduzione di G. Reale).

(35) Così, riferendosi preferibilmente ai giudici, e insistendo sulle cose essenziali, G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 53-54 (nella versione originale *Recht und Zeit*, p. 58-59 *et passim*). V. anche *infra*, p. 231.

comunque. E passando stravolge inavvertitamente tutto quanto porta con sé, leggi e sentenze comprese.

Cosa insegna tutto questo? Che se davvero la fissazione scritta tende ad immobilizzare, per non dire congelare, le idee ed i valori sottesi alla norma giuridica; quando questa mesi, anni o secoli più tardi viene recapitata al destinatario non sarà oramai più che un frammento, quello che resta dopo le perdite ricordate, l'espressione visibile (ma appunto ingannevole) dell'invisibile. Chi se ne rende conto e sa che tutto ciò accade inevitabilmente; e che dunque servirebbe poco legiferare diversamente per sfuggirvi, sa anche che l'unica strategia praticabile per *recuperare* l'invisibile (ossia le cose perse, deformate, rimosse), e per farlo in qualche modo rifluire nell'applicazione del diritto, consiste nell'interpretazione. Ossia in un'operazione destinata a minimizzare le perdite, in un certo senso a compensarle: sia recuperando quanto non venne coinvolto dalla messa per iscritto (*i.e.* per ristabilire la polisemia dell'idea originale), sia tenendo conto di valori e scelte emersi cammin facendo, e variamente considerati applicando le norme originali. Pare allora quasi superfluo ricordare — concludendo — che una tale procedura ci riconsegna stabilmente alla storia e a quanto ininterrottamente la muove.

3. *L'astrazione e la sua storia.*

Protagonista del terzo episodio è il diritto privato borghese, ossia quello sorto nel XIX secolo in sequela all'avvenuta decetualizzazione della società, e destinato a disciplinare i rapporti giuridici fra individui ora tutti formalmente uguali. Di regola (almeno in ambito continentale) codificato, veicolava un messaggio insolitamente generale: poiché si rivolgeva per la prima volta in modo uniforme a tutti i membri della società, a tutti gli abitanti dello Stato. Come si poté arrivare a tanto, questo lo svela l'astrazione, ossia un'alchimia, che i giuristi da sempre corteggiarono con assiduità e destrezza, come documenta del resto l'affermarsi della scienza giusnaturalistica. Nel XIX secolo l'alchimia assurse a dottrina, alla quale era inevitabile ricorrere per allineare davvero (e non solo a parole) tutti i destinatari del messaggio codicistico. Nulla impedisce perciò di vedere nella storia del diritto borghese anche quella di una progressiva smaterializzazione: una lunga e tormentata ridefinizione dei confini, volta ad

espellere dall'ambito giuridico e a dislocare all'esterno — ma *non* in un limbo squallido ed inoffensivo — tutte le situazioni comeccchessia depositarie o generatrici di disuguaglianze materiali. Concluso questo rimescolamento, il diritto poté comodamente concentrarsi sulle poche cose restanti, quelle che accomunando davvero tutti, erano funzionali all'efficienza del mercato: soggettività giuridica e autonomia negoziale, ossia 'qualità' formali che ora, debitamente generalizzate, divennero tosto le colonne del nuovo diritto privato. Il succo dell'evoluzione sta così in una coesistenza, in quella che accostava l'uguaglianza formale alla disuguaglianza materiale. Occasionalmente deplorata quale imprevisto *malheur*, già folgorata quale perversione del sociale, assurge presto a snodo centrale anche della storia giuridica moderna. A far data da Kant e Zeiller fu spesso al centro di dispute tanto appassionate quanto interessate ⁽³⁶⁾.

Il progressivo affermarsi dell'astrazione sembra evocare la storia di un commiato. Perché l'astrazione destoricizza, quindi rinnega e si emancipa dal passato. Aspira a formulare un diritto non scandito da coordinate spaziali e temporali, ma ovunque e sempre valido ed imperativo, come lo erano state le massime 'scoperte' dai giusnaturalisti. E scaccia logicamente dall'ambito giuridico tutto quanto separa, connota, distingue un soggetto giuridico dall'altro. Così facendo svaluta quanto rimuove, poiché lo condanna all'irrilevanza. Non sarà mai più determinante: non interferirà sull'applicazione delle regole giuridiche, non ne modificherà oramai più la valenza sociale. Si salva una semplice, forse casuale coesistenza di universi distinti: oramai privi della loro storia, si guardano e si ignorano in silenzio.

Ma questa, che ho appena ricordato, è solo una fra le molte versioni. Ce n'è un'altra, che magari convince di più. Non legge nell'astrazione una procedura che separa ed esclude, ma che distin-

⁽³⁶⁾ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), II, 2; G.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), §§ 49, 200, 243, 244, 246; F. v. ZEILLER, *Vortrag* del 21 dicembre 1801, in J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen ABGB*, volume I, Wien 1889, p. 1-12, specialmente 6; IDEM, *Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde*, I, Wien-Triest 1810, p. 41; IDEM, *Das natürliche Privat-Recht*, 3.verbesserte Auflage, Wien 1819, §§ 22 e 50.

gue e separa *senza* escludere, anzi piuttosto rivalutando quanto disloca. Ciò significa che fra le situazioni rimaste nel codice (e tutte connotate dall'uguaglianza formale) e quelle durevolmente assegnate ad un ambito extracodicistico, persino extragiuridico, esiste un rapporto funzionale⁽³⁷⁾. Non si ignorano, ma si accordano, giocano secondo le stesse regole. Dal che risulta che l'astrazione non si accommiata da quel passato, che — apparentemente — isola. Lo deposita in un angolo oscuro per avvalersene più comodamente. Ripropone perciò una configurazione già nota: il visibile (ossia il diritto ingabbiato dal codice) presuppone l'invisibile (le situazioni oramai dislocate), ne vive, vi rinvia, incapace com'è di orientarsi da solo, di muoversi autonomamente. Da questa seconda versione, che ritengo più credibile della prima, discendono verità già evocate, ma che è bene riformulare. La prima insegna che non è possibile descrivere con la necessaria precisione il rapporto che intercorre fra il giuridicamente visibile (l'uguaglianza formale) e il giuridicamente invisibile (la disuguaglianza materiale) senza ripercorrere, passo dopo passo, quel frammento di storia, che mostra come opera l'astrazione mentre analizza, sceglie, seleziona, disloca. Se sono infatti le cose 'nascoste' a determinare la valenza, anche a precisare il programma di quelle invece lasciate nel codice, solo la storia della selezione ci offrirà una chiave per decifrare la realtà. Mi attesto perciò su un bilancio conclusivo:

L'astrazione segnala l'invisibile presenza di 'cose' solo apparentemente assenti. Non è il contrario della 'concretizzazione'; ne è piuttosto solo una (inattesa ed insolita) modalità⁽³⁸⁾. Come vi sono persone che tacendo rispondono (lo sanno bene i giuristi); o che, disertando un incontro, marciano una diversa presenza (perché "il non esserci può diventare una forma della presenza spesso più

(37) Ho ripetutamente tentato di ragionare in questi termini e di documentare il mio punto di vista in "Privatrecht", p. 66-67; *Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen, aber nicht systemwidrigen Privatrechts*, in R. Herzog (a cura di), *Zentrum und Peripherie*, Festschrift für R. Bäuml zum 65. Geburtstag, Chur-Zürich 1992, p. 107-133, specialmente 109-110 (ora in *Gesetz und Gesetzbuch*, p. 165-200, specialmente 167-169).

(38) Così si esprime, citando esempi concreti, G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 26 ss., 35.

intensa della presenza stessa” (39), lo stesso succede qui. Non è vero dunque — come si afferma spesso — che l’astrazione interrompa, oscuri, neutralizzi la storia. Segnala piuttosto, a modo suo, proprio il contrario, ossia di non volersene staccare.

VII. *La storicità del diritto.*

Queste tre situazioni, così diverse fra loro, ribadiscono dunque la tesi di fondo: la dimensione temporale è inerente al diritto. Non lo accompagna, non lo decora, non lo avvolge, nemmeno lo incornicia, ma *lo connota* (40). Gli conferisce quella struttura, che permette a noi di percepirlo consapevolmente (41). In ciò si riassume il principio della storicità. Che è però notoriamente così polisemico, da obbligarci a qualche riflessione chiarificatrice (42).

Al centro di questo principio raggia una dimensione dinamica. Vibra in tutte quelle locuzioni, che tentano di darne conto: mutevolezza, temporalità, libertà, possibilità, causalità, tensione, ecc. (43). Nel contesto che ritengo il più indicato per le nostre riflessioni, la storicità mi appare in una triplice luce. *Anzitutto* quale certezza che il diritto non è mai immobile: “Il tempo non sta fermo e la norma, per così dire, procede con lui” (44). *Secondariamente* il fatto che il tempo e lo spazio siano costitutivi della positività del diritto e ne innervano la storia (45). *In terzo luogo* l’innegabile dipendenza del diritto, di quello storico come di quello vigente, da molti fattori

(39) R. COTRONEO, *Questo amore*, Milano 2007, p. 61.

(40) Lo ribadisce con queste parole U. GALIMBERTI, *Il gioco delle opinioni*, p. 16: “Non ci sono gli uomini e poi il tempo. Il tempo non è fuori di noi o dentro di noi. Il tempo è la trama con cui l’anima svolge se stessa in una metamorfosi di figure”.

(41) G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 37: “Affinché la cosa entri nel campo visuale della mia coscienza, essa deve essere esperita in *questo* modo temporale”.

(42) La polisemia del concetto viene sottolineata da J. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 17, 20-30, 155; L. v. RENTHE-FINK, *Geschichtlichkeit*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von J. Ritter, III, Basel-Stuttgart 1974, col. 404 ss.

(43) J. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 30.

(44) G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 16 (nella versione originale, *Recht und Zeit*, p. 23: “Die Zeit steht nicht still, und die Rechtsnorm geht sozusagen mit”). Così anche J. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 86-90.

(45) L. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 91-102.

sociali, senza tener conto dei quali l'origine, l'evoluzione e l'estinzione degli istituti giuridici resterebbero un arcano impenetrabile (46).

Basterebbe in fondo capire, che il nocciolo della storicità consiste nella *temporalità* del diritto, per vedere più chiaro. Ad esempio per sdrammatizzare la separazione, *jadis* netta ed indiscutibile, fra diritto positivo e storia, per capire che il primo non può essere spiegato senza far capo alla seconda (47), per concepire una storia giuridica, che si muova autonomamente in uno spazio a lungo sequestrato da vecchi antagonismi. Ragionando così penso concretamente ad una storia, che 'serva' alla rappresentazione del diritto vigente, senza peraltro esserne condizionata, senza preliminarmente accettare di rifluire poi nelle sue categorie dogmatiche; poiché solo così, libera da ammiccamenti e convivenze, scoprirà che il diritto positivo realizza proprio solo *una* possibilità, e per di più non necessariamente la migliore (48). Con tutte le conseguenze che tale 'scoperta' magari provoca, e anche con tutte le opportunità didattiche che schiude. Ma tutto ciò, che davvero non è poco, a una condizione: alla condizione di non intendere la storicità quale provvisorietà, fugacità, caducità, ma *inerenza del tempo alla struttura del giuridico*.

L' "irruzione del tempo" nella scienza giuridica, come si volle chiamare la scoperta della storicità (49), è una conquista relativamente recente. Da poco più di una generazione ci intriga e convoca a sempre nuove riflessioni (50). Negli stessi anni la disciplina storica,

(46) J. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 71, 104 ss., 157.

(47) Riferendosi perciò alla tradizionale contrapposizione fra giuristi che ragionano storicamente e quelli che preferiscono rifugiarsi nella certezza che dispensano i dogmi, A. IGLESIA FERREIRÓS (*Historia del Derecho*, in J.J.Ferreiro-J. Miquel-S. Mir-P. Salvador [a cura di], *La enseñanza del Derecho en España*, 1987, p. 122 ss., la citazione a p. 125) ha opportunamente ricordato: "Sólo se podrá superar esta situación, cuando el dogmático vuelva a ser un jurista, es decir, cuando tienda a darse cuenta del carácter esencialmente histórico del Derecho".

(48) Così ad esempio L. RAGGI, *Scritti*, p. 21-22.

(49) D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 32; D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 401.

(50) Fondamentali in merito i contributi di G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 3-60; W. HELLEBRAND, *Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte*, in *Jus et Lex*, Festschrift

quella prevista dal curriculum giuridico, fu un po' ovunque il facile bersaglio di critiche, aggressioni, offensive, restrizioni, soppressioni. Episodi tutto sommato incredibilmente meschini. Sarebbe stato relativamente facile difenderla, legittimarla, giustificarla definitivamente rinviando all'insopprimibile e determinante temporalità della struttura giuridica. Ma purtroppo non ne fu nulla. Gli storici del diritto non si sono accorti dell'essenzialità di questa 'scoperta', hanno preferito lasciar perdere, forse intimoriti dalle sue implicazioni teoriche⁽⁵¹⁾. Hanno preferito lanciarsi alla ricerca di quei pochi (e risibili) servizi 'utili' che la disciplina poteva ancora rendere al diritto vigente. Li hanno ribaditi con enfasi, per salvare ancora una volta capra e cavoli. Almeno fino alla prossima aggressione⁽⁵²⁾. Che Heinrich Mitteis non abbia magari colto nel segno, quando accusò la disciplina ed i suoi cultori di aver operato con la cieca fiducia del sonnambulo⁽⁵³⁾?

VIII. *Se ci vuole, quale storia?*

Risolto così il primo interrogativo ed ammessa l'inevitabilità dello 'scavo' storico, occorre subito affrontarne un secondo: *quale* storia? Ce ne sono forse parecchie, tutte di ugual valore, persino

für Max Gutzwiller, Basel 1959, p. 135 ss., 136, 138, 141; R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 8-9, 13, 15, 18, 20; D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 401-403; P. HEBRAUD, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, II, Aix-Marseille 1979, p. 1-58; M. BORDEAUX, *Quand le temps dévore l'espace: temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil 1804*, in *Réligion, société et politique. Mélanges en hommage à J. Ellul*, Bordeaux 1983, p. 185-201.

⁽⁵¹⁾ Con le dovute eccezioni, ovviamente: vedi ad es. le condivisibili riflessioni di D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 399 ss.; G. DILCHER, *Beitrag*, p. 251 ss.; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 32 ss.

⁽⁵²⁾ Inascoltata rimase pure l'esortazione di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, I, Milano 1980, p. 7, volta a ricordare che la missione conoscitiva della storia giuridica "trova la sua giustificazione non nel complesso estrinseco di dati e di fatti del passato, e nella loro diretta utilizzabilità per il presente, bensì nella storicità della nostra stessa esistenza".

⁽⁵³⁾ "Die Rechtsgeschichte verrichtete bisher ihr Werk anscheinend — oder nur scheinbar? — mit nachtwanderischer Selbstsicherheit": così H. MITTEIS, *Lebenswert*, p. 7.

fungibili? È dunque lecito disporre della storia, ritagliarsela su misura secondo i propri gusti, proprio come si ritaglia la stoffa per un vestito? Ci turbano, queste domande, non lo possiamo negare, ma sono pure legittime, forse anche necessarie. Già perché nessuno di noi saprà mai conoscere *tutta* la storia, saprà mai appropriarsela in modo *oggettivo*. Il passato che intravediamo non è infatti mai un rispecchiamento completo ed oggettivo dei fatti trascorsi. Ci è percepibile solo in modo parziale e soggettivo. La convinzione, secondo la quale “l'historien n'est d'aucun temps ni d'aucun pays”⁽⁵⁴⁾ è illusoria⁽⁵⁵⁾; come lo è la speranza di chi aspira al ruolo di osservatore imparziale di un'epoca, senza esserne stravolto, rifiutando perciò ogni scelta di campo⁽⁵⁶⁾. E poi: se per un delirio d'ipotesi ciò fosse davvero possibile, persino riuscisse, sarebbe parimenti auspicabile, magari lodevole? Mi rimetto alla risposta di Saint-Exupéry: “Le métier de témoin m'a toujours fait horreur. Que suis-je, si je ne participe pas? J'ai besoin, pour être, de participer”⁽⁵⁷⁾.

Dunque anche la soggettività è insopprimibile. Ma ci autorizza forse, proprio per questo motivo, a muoverci nel passato come ci pare e piace, quasi fosse un arsenale o (come si diceva una volta) una raccolta di *exempla*, dai quali cavare formule, argomenti, prove, secondo le necessità del caso? Oppure esistono direttive, alle quali — selezionando i materiali — è consigliabile attenersi, solo così potendosi conseguire un esito attendibile?

Giuristi e storici del diritto hanno raramente approfondito questi (in verità inevitabili) interrogativi. Ma non per questo tentennano. Vedono piuttosto nella disciplina storica un'anticipazione del

⁽⁵⁴⁾ Così N.D. FUSTEL DE COULANGES, come vien citato da J. GAUDEMET, *Les disciplines historiques dans les facultés de droit et des sciences économiques*, in *Revue de l'enseignement supérieur*, 1963, p. 71 ss., 73.

⁽⁵⁵⁾ A conferma di quanto appena ribadito, e cioè del fatto che la memoria capta e registra solo quanto la 'nostra' selezione non blocca o non respinge. Ragione per cui può essere concretamente pensata ed elaborata solo *quella* storia, che si nutre delle informazioni via via raccolte ed ordinate dallo storico. L'ho dimostrato, sulla scorta di un caso concreto, in *Il mito svelato*, p. 381 ss., specialmente 399 ss.

⁽⁵⁶⁾ P. CARONI, *Il mito svelato*, p. 404 ss.

⁽⁵⁷⁾ A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Pilote de guerre*, ch. XXII, in *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 1999, p. 199.

presente, ossia una prefigurazione del diritto vigente, dei suoi dogmi e dei suoi istituti. Se anche ammettono che il passato ancora non conosceva i concetti moderni, di una cosa non dubitano: del fatto che ne avesse già intuito l'essenza, la sostanza, quella che Emilio Betti appunto chiamava 'la cosa' (58). Difendono perciò la storia poiché la ritengono una premessa per la comprensione del diritto positivo. 'Comprensione' sarà un termine ondivago fin che si vuole, significherà davvero molte cose, non prescriverà tassativamente il metodo per arrivarvi, d'accordo. Ma è anche innegabile che evochi preferibilmente — proprio come nelle situazioni qui discusse — un atteggiamento giuspolitico marcato dalla disponibilità ad *approvare materialmente* l'oggetto della comprensione, quindi anche ad omologare *en bloc* il diritto positivo (59). A questo si pensa indiscutibilmente, quando si celebra il contributo fornito dagli argomenti storici all'interpretazione dogmatica del diritto vigente (60). Potrei persino dire: la storia ha senso, se rifluisce in un'apologia di questo diritto, se ne attesta con largo anticipo le virtù (61). Germoglia da queste scelte — lo si potrà subito intuire — la teoria della continuità (62):

(58) A. SCHIAVONE, *Il "nome" e la "cosa". Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini* 7, 1978, p. 293 ss.; IDEM, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, p. 275 ss., 294 ss.; H.R. HOETINK, *Über anachronistische Begriffsbildung in der Rechtsgeschichte*, in *ZRG RA* 72, 1955, 39-53, specialmente 42 ss. Ma è ugualmente bene ricordare, che anche questa convinzione è di ascendenza savignyana: "Diese Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewusstsein ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig..." (F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 76).

(59) Anche questa lettura del termine controverso, che ricorre davvero in molti contesti, rinvia alla scuola storica ed alla funzione preliminare che — intendendo rinnovare l'approccio scientifico al diritto vigente — volle delegare all'indagine storica. Vedi *supra*, p. 57.

(60) Rilievi critici in merito di K. LUIG, *Bestätigung durch Rechtsgeschichte*, in *Quaderni fiorentini* 14, 1985, p. 601 ss., specialmente 616-617; IDEM, *Digesten und Dogmatik*, in *Rechtshistorisches Journal* 5, 1986, p. 290 ss.

(61) Criticano la funzione apologetica assegnata alla romanistica P. BARCELONA-G. COTTURRI, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari 1974, p. 35 ss.; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*, p. 17-39, 40-45, 111-129.

(62) La descrizione delle origini, delle finalità e dei numerosi significati via via assunti da questa teoria, che i giuristi ritengono costitutiva della loro disciplina, esula purtroppo dal *ductus* di questo intervento. Se ne parlerà comunque spesso anche in

quella teoria, alla quale si ricorre per giustificare la fedeltà rimpetto al diritto positivo, e che parimenti spiega la funzione scopertamente propedeutica affidata alla storia.

Non tutti condividono questo atteggiamento, le certezze di cui si nutre e l'approccio pedagogico che suggerisce. Anch'io mi metto fra questi. Mi disturba il vezzo di aggrapparsi alla teoria della continuità per combattere le riforme via via proposte da giuristi e politici. Anche perché questo artificio non raramente permette di gettare discredito sugli autori senza entrare nel merito delle loro proposte. Come se la conferma delle cose già scelte non fosse pure una scelta, un'opzione giuspolitica come un'altra! Trovo inoltre che questo atteggiamento, peraltro molto diffuso, favorisca una lettura molto discutibile, perché arbitraria e spesso anche dilettesca, del passato. Il desiderio di trasformare la storia in un'apologia anticipata del presente (quindi anche del diritto vigente) condiziona infatti troppo visibilmente la selezione dei reperti, ne stravolge la natura, ce la fa apparire per quello che davvero è, ossia un'operazione sostanzialmente teleguidata, volta a collezionare fossili, quindi a recuperare solo quei frammenti che in un modo o nell'altro prefigurano elementi del diritto positivo codificato. Per tacere del fatto che questo modo di setacciare il passato è specularare all'idea che molti storici ancora si fanno del codice: appare loro non tanto come un universo nuovo, omogeneo, coerente, quanto come adduzione e mescolanza di materiali prelevati da tradizioni giuridiche molto diverse. Per cui la ricostruzione storica — a queste condizioni — non investirà mai tutto il codice come entità nuova, ma si accontenterà di gettar luce su sue singole parti. Preliminare non è dunque solo l'apologia, ma anche la lottizzazione del diritto vigente. Alla quale, dai tempi della scuola storica, si corrispose — come si dirà — con la duplicazione dell'insegnamento storico, ossia con una mossa discutibile, spesso (ma inutilmente) criticata ed in fin dei conti oggi giorno controproducente. Se è vero che — come vedremo — il codice l'ha più opacizzato, che realmente chiarito.

La conclusione, lo si intuisce, è amara. Potrebbe suonare così:

questa pubblicazione, vedi *infra* p. 93, 133, 184, 192 ss., 207 ss., 212, 227. Osservazioni critiche si leggono ad es. in L. RAGGI, *Scritti*, p. 37-39; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*, p. 19-24; IDEM, *Alle origini del diritto borghese*, p. 64-65.

dato che la disciplina storica — almeno secondo le opinioni correnti — ha finalità indiscutibilmente propedeutiche, deve preparare lo studente a muoversi con agilità nell'universo normativo e concettuale del diritto vigente ⁽⁶³⁾. Tenta perciò di arrivarci riproponendo proprio solo *quei* frammenti del passato, che documentano la continuità lineare fra passato e presente, rispettivamente ne fortificano l'illusione. Tutto il resto non serve: viene perciò taciuto o rimosso. Il resto, tanto per essere in chiaro, tocca tutto quanto nel codice non si rispecchia più: istituti soppressi, dottrine superate, regole *jadis* condivise, poi sostituite da altre, abitudini travolte dall'evoluzione sociale, cadute perciò in oblio. Sono tutte cose, queste, che bene o male hanno popolato il passato. Hanno perciò una loro storia, che rispunta talvolta inattesa fra le norme del diritto positivo. Ma ne oscurano l'agiografia. Chiedo allora, ingenuamente: che ne facciamo? Mi si risponde: vanno sgomberate. Ma dove finiranno?

IX. *Un'altra risposta allo stesso interrogativo.*

Per tentare di rispondervi, devo anzitutto cambiare registro. Tanto per cominciare: il passato, che dovrò anch'io frequentare, non mi sta davanti come un terreno già lottizzato e pronto per l'assegnazione. Non è già scomposto, già pre-parato, per poter così meglio corrispondere alle mie sollecitazioni. È piuttosto un insieme indistinto e magmatico, pieno di incognite, come lo era finalmente la vita che riflette. Così come fu, si sottrae ovviamente alla mia percezione. Vedo infatti anch'io *solo* quanto rientra nell'ambito delle mie competenze e dei miei interessi, solo quanto stimola quella curiosità specifica, che mi induce ad interrogarlo. Sarà dunque decisivo formulare correttamente i miei quesiti; già perché, quando l'avrò

(63) Ragiona ad alta voce sul significato di questa 'missione' A.B. SCHWARZ, *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium*, splendida prolusione zurighe del 1928, ora in *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960, p. 93 ss., specialmente 112 ss. Avvince (sempre), ma non sempre convince. Lo stesso dicasi delle proposte di A. BECK, *Zur Stellung des römischen Rechts in der Schweizerischen Universität*, ora in A.B., *Itinera iuris*, Bern 1980, p. 337 ss.

fatto, saprò anche come selezionare le informazioni, rispettivamente come definire le fonti.

Se, convinto della bontà di queste direttive, mi metto al lavoro, parto dal presente e mi volgo a squadrare il passato, lo faccio anch'io per capire quello che vivo. È dunque un motivo concreto, mio ed attuale, quello che mi determina, quello che giustifica il mio impegno. Ma questo fatto non mi libera dall'obbligo di combattere attese troppo specifiche e di evitare domande suggestive. Men che meno mi dà il diritto ad ottenere sempre risposte chiare, apodittiche, *tranchantes*. Al centro dei miei interessi sta infatti la storia del diritto vigente, della quale ignoro finora come si articola, chi l'abbia prevalentemente plasmata, da quali contese sia scossa; e *non* l'inconfutabile certezza, che la dogmatica attuale affonda le sue radici nell'antichità. La fuggo, questa dogmatica retrospettiva ⁽⁶⁴⁾, non tollero che orienti la mia ricerca, che mi suggerisca come muovermi, anticipando in realtà l'esito della mia esplorazione ⁽⁶⁵⁾. A parte il fatto che proprio non potrei convivere con un'attesa tanto soffocante.

Chi ispeziona il passato mosso da queste mie intenzioni, sceglie e trascrive i suoi reperti con larghezza di vedute. Aspirando a capire e descrivere quella storia, che sfocia nel diritto vigente e che per definizione non riflette mai un'evoluzione ininterrotta e lineare, raccoglie accuratamente anche ragguagli negativi. Ossia informazioni su tutto quanto, cammin facendo, fu eliminato, rimosso, dimenticato. È il mondo delle cose inattuato, inconcluse, abbandonate, se vogliamo delle 'perdite', che così si scopre. La sua cognizione è preziosa, poiché permette di ridefinire il perimetro del diritto vigente. Ci mostra che il presente non risulta solo da iniziative elaborate e realizzate, ma anche da rinunce, sconfitte, rifiuti, esclusioni, senza tener conto delle quali la nostra ricostruzione storica sarebbe fragile e inaffidabile. È un'esperienza, questa, che anche la quotidianità della convivenza civile conferma: le strade non battute, gli sguardi non colti, le voci non udite, "what might have been" ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ H. MITTEIS, *Lebenswert*, p. 44.

⁽⁶⁵⁾ Così ad es. M. BRETONE, *Fra "storia dei dogmi" e storia sociale*, ora in *Diritto e tempo*, p. 173-175.

⁽⁶⁶⁾ "Ciò che poteva essere": T.S. ELIOT, *Four Quartets, Burnt Norton*, I. Su

Chi può negare che tutti questi episodi abbiano, in un modo o nell'altro, 'condizionato' il nostro presente? Un presente, che sarebbe stato diverso, se avessimo battuto quelle strade, còlto quegli sguardi, udito quelle voci.

Tento ora di riassumere: visto che i messaggi giuridici vengono talora recapitati in cattiva salute, perché mùtili e svigoriti — come abbiamo già potuto accertare — inverto la rotta: torno sui miei passi, ripercorro a ritroso l'itinerario confluito nel presente, con la speranza di recuperare tutto quanto mi permetterà poi di ricostituirne il contenuto originale e decifrarne il significato attuale. Risalgo cioè il corso del fiume, viaggio — mimando il fiume Alfeo — all'insegna di un'*astrazione regressiva* ⁽⁶⁷⁾. Il che mi permette di recuperare cammin facendo tutti quelle 'cose' (potremmo chiamarle detriti alluvionali), che il fiume in piena ha prima travolto, poi disordinatamente abbandonato sulle sue sponde: tronchi sradicati, bottiglie vuote, carcasse di animali (bufali indiani o capre verzaschesi, a seconda della regione); scarponi militari consunti e sbiaditi (ma con qualche chiodo arrugginito, a dir la verità in barba al regolamento di servizio), là in fondo un barattolo di latta e una scritta "Olio d'oliva Dante, 1919". Ecco, la storia è talvolta *questo* vagabondare prosaico, questa disincantata ed indistinta percezione delle cose perdute, un incontro con tutto quanto, cammin facendo, fu eliminato, sgomberato, abbandonato. Ma dovrei precisare: un incontro con un mondo *non* scartato per caso o per errore, ma del tutto intenzionalmente. Solo ora mi rendo conto che potrò davvero capire i messaggi giunti finalmente a destinazione solo quando saprò perché, strada facendo, si sono liberati — appunto consapevolmente — di parte del loro 'carico'. Le conquiste vantate dal presente sono spesso solo il rovescio di perdite storiche. Ad un secolo così tragicamente ricco di conquiste e tragedie, come fu quello appena concluso, queste verità non vanno ripetute.

quanto viene a tal modo recuperato v. P. CARONI, *Il commiato fransciniano di Virgilio Gilardoni*, in Archivio storico ticinese 28, 1991, p. 41 ss. e specialmente 62 e 67.

(67) P. CARONI, *Saggi*, p. 129-130, 151 ss.

X. *Scoprire un nuovo paesaggio.*

In capo a tutti questi ragionamenti e fortificato da molte esperienze personali, ribadisco dunque anch'io l'ineludibile dipendenza del diritto vigente dal passato. Lo posso fare ora a cuor leggero, cioè senza doverne necessariamente derivare anche una teoria della continuità. Già un rapido sguardo preliminare mostra infatti che l'itinerario sfociato nel diritto vigente non assomiglia a quella linea dritta, continua, logica ed essenziale, che evocano volentieri i dogmatici, già perché prima se ne nutrono, poi ne vengono confermati (68). È piuttosto costellato di interruzioni, deviazioni, ricadute, contraccolpi. Emerge spesso a fatica e si impone su percorsi alternativi — magari da tempo ventilati ed a lungo discussi — proprio solo *in extremis*, quando vien loro esplicitamente preferito. Peraltro non sempre a causa di una sua supremazia dogmatica, quanto per ragioni di natura giuspolitica. Perché di regola si afferma, nell'impetosa contesa sociale, la soluzione che meglio corrisponde ai desideri di *quel* gruppo di persone, che davvero poteva permettersi di elaborare e imporre nuove regole del gioco giuridico. Non meraviglia dunque che l'itinerario qui evocato attraversi pure lande finora sconosciute o poco servite. Che sollevi questioni e tocchi temi raramente al centro delle preoccupazioni dei giuristi (69). Basti pensare a cosa potè significare il recupero dell'entroterra sociale, dal quale germogliò il diritto vigente. Permise di appurare con chiarezza l'impatto delle norme giuridiche sugli equilibri e sulle pratiche della società. Con esiti — anche questo sia detto — che condannano senza appello ogni euforia: dall'ingenua esuberanza (per non dire baldanza) dell'idealista alla frenesia positivista di molti legislatori. Dagli spaccati, che questo recupero ci svela, e che permettono di analizzare in dettaglio l'evoluzione sociale, il diritto è infatti quasi del tutto assente. Quando poi finalmente riappare, parla sottovoce. Una presenza tutto sommato debole ed incolore.

Le cause di questo deludente consuntivo, che sorprende e scoraggia solo i giuristi poco inclini a ragionare sul ruolo sociale loro

(68) Ragione per cui occorre distinguere fra le certezze veicolate dallo storicismo e quelle evidenziate dalla storicità: come fa ad es. J. LLOMPART, *Geschichtlichkeit*, p. 23.

(69) D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich 1932, p. 60-61.

implicitamente accollato, quindi spesso inconsapevolmente svolto, sono molteplici. La prima rinvia al disincanto provocato dalla storicizzazione dei dogmi. Ne mette infatti a fuoco la lenta e spesso controversa elaborazione, mostra il peso — talvolta determinante — che vi ebbero argomenti economici, sociali, politici, quindi esterni alla fredda logica giuridica. Svela che la spettrale immobilità e neutralità dei dogmi giuridici, che i giuristi presidiano come una cittadella, hanno in realtà una valenza ideologica: legittima in sé, a condizione di riconoscerne la parzialità, la settorialità, e di tenerne conto al momento di interpretare le norme legali. Già Luigi Raggi aveva intuito (e salutato), con notevole lungimiranza, “l’offesa che la ricerca storica arreca continuamente alla tranquilla immobilità dei risultati dommatici” (70).

Ma la storicizzazione non si accontenta di far vacillare il primato dei dogmi. Mira in realtà ad altro, a ridefinire il posto del diritto in quella società concreta, che è destinato a disciplinare. Un posto che i giuristi non esitano a ritenere, più che solo centrale, letteralmente costitutivo. Ma che l’analisi storica clamorosamente sconfessa. Perché ci esorta a ragionare su fatti, che rinviano a ben altre priorità. Eccone qualcuno.

1. Il diritto oggi giorno sempre più si defila. Si sottrae al monopolio dei giuristi. Dove non può venir imposto con la forza si svincola dalla loro presa, viene gestito da altre istanze. Così vengono rivendicati, e pure si affermano, diritti a ‘beni’, che esulano del tutto dal campo giuridico: come ad esempio il diritto alla felicità o alla fortuna, per citare casi universalmente noti.

2. Il diritto non è mai stato l’unica strategia deputata alla prevenzione ed al controllo sociali, quindi al disciplinamento della

(70) Così L. RAGGI, *Scritti*, p. 113. Questa convinzione viene peraltro condivisa da storici vicini a ‘filosofie’ molto diverse. Come documenta questo primo elenco: H. MITTEIS, *Lebenswert*, p. 78, 131; P. BARCELONA, *L’educazione del giurista*, in P. BARCELONA-D. HART-U. MÜCKENBERGER, *L’educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari 1973, p. 9 ss., 62; L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, p. 3 ss., 29; J.-F. PLOUDRET, *L’histoire, laboratoire du juriste*, in AA.Vv., *L’homme face à son histoire*, Lausanne 1983, p. 105 ss., 110; J. GAUDEMET, *Les disciplines historiques*, p. 72; F. CANCELLI in AA.Vv., *Il diritto romano*, p. VIII.

società. E solo sporadicamente fu quella determinante. Recenti e notissime ricerche di carattere antropologico, folclorico o di psicologia sociale l'hanno documentato con solare chiarezza, e hanno svelato aspetti finora sconosciuti ma, in un certo senso, persino sconvolgenti ⁽⁷¹⁾. Del resto anche oggi giorno le strategie preposte alla coercizione e al controllo sociale, che dunque disciplinano la repressione, sono molteplici; quella sorretta dal diritto non ne è che una.

3. Se 'letto' sullo sfondo della sua storia, il diritto appare subito quale prodotto di una società antagonista. Le sue regole nacquero sempre in sequela a conflitti di natura politica, sociale, economica, anche se le etichette usate per dar loro un nome (convenzione, compromesso, concordato, contratto, accordo, decisione della maggioranza, ecc.) spesso oscurano questa origine. Corrispondevano logicamente più agli interessi dei vincitori (rispettivamente della maggioranza), che a quelli dei vinti (ossia della minoranza). Ciò vale ovviamente anche per il diritto privato. Ama notoriamente nascondersi dietro la facciata dell'imparzialità. Ma neutrale non è. La ricostruzione storica svela l'*iter* della sua elaborazione, evidenzia impietosamente i tagli e le perdite inflitti dall'astrazione, quasi fossero gigantesche radure. Anche all'osservatore frettoloso non deve, non può sfuggire quanto avvenne: sempre più sistematicamente il diritto privato borghese si liberò da imbarazzanti (ma utilissime) sudditanze e dipendenze. Le rimosse, senza peraltro sopprimerle. Semplicemente dislocandole, assegnandole ora a campi esterni, ad esempio all'economia ⁽⁷²⁾. Potremmo in fondo affermare: l'astrazione le ha solo nascoste, rese invisibili, proprio come quegli

(71) Prime annotazioni in merito in P. CARONI, *Rechtseinheit*, p. 55-56; P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973, p. 6 ss., 10-17; P. BARCELLONA-G. COTTURRI, *Stato e giuristi*, p. 55-59.

(72) P. CARONI, *Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät (1870-1910)*, in AA.Vv., *Hochschulgeschichte Berns 1528-1984*, Bern 1984, p. 203 ss., specialmente p. 207 (note 55 e 56 su H. v. Scheel) e p. 224 (nota 263 su N. Reichesberg). Tutte cose che, nello stesso torno di anni, furono un po' ovunque intraviste: vedi ad es. P. ELLERO, *La tirannide borghese* (1879), Milano 1978, p. 61 (citato in P. CARONI, *Saggi*, p. 151).

indimenticati “fili”, che legano tuttavia l'operaio al suo padrone (73).

Possiamo dedurre due ulteriori insegnamenti. *Primo*: chi si propone di capire quanto davvero il diritto vigente vuole, permette, impone, dovrebbe prendere le mosse *non* dalla formulazione astratta della norma, ma dal suo entroterra sociale. Sarà magari, se si vuole, una ‘porta di servizio’: ma permette di irrompere senza troppi *détours* nel cuore della realtà (74). *Secondo*: l'intensità della storicizzazione è direttamente proporzionale a quella dell'astrazione. Tutto quanto l'una nasconde e poi nega va meticolosamente recuperato dall'altra e consegnato a chi si appresta a interpretare ed applicare il diritto vigente (75).

4. Appare finalmente raccomandabile non illudersi, nemmeno in punto alla forza dirompente (o anche solo innovatrice) del diritto. La certezza, che fu di molti e non dei peggiori, che al diritto fosse agevole comporre conflitti sociali; che fosse predestinato a propiziare quei cambiamenti, che l'evoluzione sociale suggeriva, fu sempre amaramente smentita dai fatti (76). Il che consiglia oggi al giurista di ridimensionare (o comunque moderare) le proprie ambizioni. Di mai dimenticare l'aurea massima hegeliana: “La nottola di Minerva inizia il suo volo soltanto sul far del crepuscolo” (77). Ma si potrebbe anche racchiudere la quintessenza di questo messaggio in formule più correnti e più disincantate, magari affermando (o forse solo ricordando) che il diritto generalmente non precede, non anticipa, ma segue l'evoluzione sociale. Simile anche in questo al *visiteur du soir*, il suo compito è più modesto. Ignaro dei preparativi e lontano dalle tensioni del giorno, suggella solennemente un periplo, che non

(73) K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, volume I, Berlin 1968, p. 599. Sul punto v. U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari 1973, p. 87-92.

(74) G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi. Per una critica dei manuali tradizionali*, Bari 1972, p. 16-17.

(75) G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 49 ss.; G. DILCHER, *Beitrag*, p. 266-268.

(76) W. SOMBART, *Die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin 1903, p. 140.

(77) Così nella splendida traduzione di G. Marini (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], *Prefazione*, Roma-Bari 1987, p. 17).

ha condiviso dall'inizio. Per questo motivo, e con buone ragioni, si potè affermare che non ha una storia tutta e solo sua ⁽⁷⁸⁾.

Come riassumere il messaggio svelato da queste situazioni? Ad esempio ammettendo, con maggiore o minor sconforto, che della realtà sociale, dalla quale il diritto germoglia e sulla quale bene o male incide, il giurista generalmente vede ben poco. Sia perché, nella sua ottica, c'è poco da vedere. Sia perché, anche di questo poco, non vuol vedere tutto. Questa è però una verità, che volentieri viene taciuta o rimossa. O forse meglio: che viene spesso contestata insieme con quella storia, dalla quale finalmente risulta. Perché? Perché smaschera il potere rivendicato dal giurista ⁽⁷⁹⁾, lo fa apparire per quello che spesso è, ossia pretestuoso, quindi ingiustificato.

XI. *Gli occhiali, senza i quali è difficile leggere.*

È tempo e ora di concludere e mettere a frutto qualche insegnamento idoneo se non proprio a agitare le nostre discussioni, almeno a confluire con ordine e rigore nel dibattito sulla riforma del regolamento degli studi. Cammin facendo ci è stato facile accertare che la storicità — come fu concretamente definita — è inerente alla struttura del diritto, che questo ci è perciò percepibile *solo* nella sua temporalità. Se ne deduce che un approccio storico allo studio del diritto vigente non è solo auspicabile oppure utile, ma inevitabile. Perché è anche l'unico che permetta al giurista di individuare l'esatta 'valenza', ossia lo spazio concretamente occupato e gestito dalla norma giuridica nella realtà sociale. Senza averlo misurato, questo spazio, è certamente più difficile (quando non del tutto escluso) interpretare in modo responsabile e corretto il diritto vigente ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ K. MARX-F. ENGELS, *Die deutsche Ideologie*, in K. MARX-F. ENGELS, *Werke*, III, Berlin 1969, p. 63.

⁽⁷⁹⁾ È difficile non condividere le pagine, sconvolgenti ed affascinanti, di P. NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich 1984, *passim*, ad es. p. 22.

⁽⁸⁰⁾ Vedi in merito G. DILCHER, *Beitrag*: raccomanda di tener conto del retroterra storico del contenzioso giuridico presente, poiché ciò favorisce la percezione della complessità delle situazioni concrete (p. 268), ed a tal modo ne permette una cognizione più approfondita (p. 272 ss., 275, 281, 282). Analoghi argomenti in D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 400.

Proprio in ciò si manifesta l'*altra* evidenza, quella latente, ma appunto non meno imperativa, della storia. Chi ne tenga debitamente conto riterrà superfluo ogni ulteriore ragionamento sull'auspicabilità e l'utilità (più o meno pratica) della disciplina storica. Chi invece non se la sentirà di condividere questo approccio, continuerà a interrogarsi, a setacciare il terreno per scoprire sempre nuove opportunità di rendersi utile ai "signori del diritto" vigente⁽⁸¹⁾. In quest'ottica viene ad esempio apprezzato quel *distacco*, che dovrebbe permettere ad ogni storico di misurare diversamente (e spesso relativizzare) la portata degli avvenimenti⁽⁸²⁾; il che favorirebbe una lettura critica anche del diritto positivo⁽⁸³⁾. Per non parlare di quei romanisti, che rimpiangono tuttora il mondo precodificatorio e che non hanno ancora metabolizzato lo spavento provocato dalla storicizzazione del diritto romano. Ammiccano curiosamente ai cultori del diritto vigente. Cercano perciò di recuperare il terreno perduto covando sempre più intensamente la speranza che il diritto classico torni ad essere il classico modello, quello ad esempio da consigliare ora a chi attende all'unificazione del diritto privato europeo⁽⁸⁴⁾. Sono proposte, queste, che — come si vedrà

(81) Come si legge nel titolo della versione italiana dell'opera di R.C. v. CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge 1987 (*I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991). In merito poi alle nuove opportunità, vedi D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 16 ss.

(82) Ma sul punto l'unanimità degli storici è praticamente scontata. Vedi ad es. H. MITTEIS, *Lebenswert*, p. 79; J.-F. POUDRET, *L'histoire, laboratoire du juriste*, p. 107-109; J. GAUDEMET, *Les disciplines historiques*, p. 73; P. PERLINGIERI, in AA.VV., *Il diritto romano*, p. 131-132.

(83) D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 23; C. SCHOTT, *Die Rechtsgeschichte. Restposten eines verstaubten Bildungsideals*, in *Plädoyer* 8, 1990, fascicolo n. 4, p. 30-31 (punto di vista salutarmente ribadito nella *Neue Zürcher Zeitung* del 12 febbraio 1992); E. RESTA, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari 1974, p. 777 ss., 793, 800, 812; M. SENN, *Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft*, in *ZNR* 15, 1993, p. 66 ss., 77.

(84) Auspicano una tale rivalutazione del modello storico molti interventi in AA.VV., *Il diritto romano*, p. 47, 85, 87, 118-119. Una rivalutazione, nella quale crede e per raggiungere la quale si adopera instancabilmente R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 8-20. Ragione per cui dovremo tornare ad occuparcene, vedi *infra*, p. 92 ss., 110, 212, 225. Nel frattempo sarà ugualmente bene non dimenticare, che già i giganti della romanistica ottocentesca, dalle cui spalle tentiamo tuttora in molti di

ancora — non fanno avanzare di molto il discorso. Come del resto ogni strategia mossa dall'idea, che nella storia c'è sempre qualcosa di utile, che val la pena di essere individuato, raccolto ed utilizzato ⁽⁸⁵⁾. L'esperienza di questi ultimi anni dimostra purtroppo che tutte queste (più o meno buone) ragioni non convincono i nostri robusti interlocutori e non servono a 'salvare' la disciplina. Dovrebbero finalmente far posto all'evidenza della storicità, contro la quale nessuno potrà insorgere. Nessun argomento, né teorico né pratico, potrà contestarla, vincerla, spodestarla. Nemmeno l'arte dell'oblio, che praticiamo purtroppo con ostinazione, potrà oscurarla, se è vero che "heureusement, le passé ne meurt jamais complètement pour l'homme. L'homme peut bien l'oublier, mais il le garde toujours en lui" ⁽⁸⁶⁾.

Ne deriva che il diritto va sempre e ovunque insegnato come lo esige la sua temporalità. Confortato da questa certezza, ho proposto un itinerario concreto, in capo al quale la storia del diritto appare quale l'unica disciplina letteralmente *indiscutibile*. Perché mai? Perché mentre i continui cambiamenti delle coordinate sociali, economiche e politiche possono ben ripercuotersi sull'elenco delle materie, provocarne revisioni parziali per far posto a nuove e per sopprimere vecchie lezioni oramai obsolete, la valenza della disciplina storica resta tuttavia inalterata. Sopravvive agevolmente a *rochades* e *revirements*, visto che anche il nuovo diritto sarà strutturalmente marcato dalla storicità, proprio come quello ora estinto. Con evidenti analogie, anche qui, con quanto viviamo ed esperimentiamo

non cadere, guardavano in quella direzione, anche se muovendo da ben altre situazioni: F.C.V. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. Auflage, Band I, Heidelberg 1834, p. 182-183; T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, p. 591 ss., 596, 598.

⁽⁸⁵⁾ G. DILCHER, *Beitrag*, p. 283

⁽⁸⁶⁾ N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique. Etude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, sixième édition, Paris 1876, p. 5. Mi piace leggerlo, questo frammento, insieme con quello — coevo — di F. NIETZSCHE, *Considerazioni inattuali* (1873-1875), Torino 1981, p. 81: "L'uomo chiese una volta all'animale: perché non mi parli della tua felicità e soltanto mi guardi? L'animale dal canto suo voleva rispondere e dire: ciò dipende dal fatto che dimentico subito quello che volevo dire — ma subito dimenticò anche questa risposta e tacque; sicché l'uomo se ne meravigliò. Ma egli si meravigliò anche di se stesso, per il fatto di non poter imparare a dimenticare e di essere continuamente legato al passato: per quanto lontano, per quanto rapidamente egli corra, corre con lui la catena".

tiamo nella quotidianità. Chi non può leggere senza occhiali, vi deve necessariamente ricorrere, *sempre*. *Sempre* significa: prescindendo dal contenuto del messaggio scritto. Quindi: sia per leggere la *Summa* di San Tommaso d'Aquino, come le *Storie del Signor Veneranda*.

Non è da escludere che una presenza così ingombrante e inamovibile della storia possa occasionalmente disturbare, possa venir recepita quale *démarche* inopportuna o arrogante. Fioriscono allora espressioni di malumore e di condanna, che vanno anzitutto capite. Una lettura storica, che si sforza di 'leggere' il passato *non* linearmente, *ma* dialetticamente, provoca critiche intuibili. Quella ad esempio di distruggere la fiducia nei capisaldi del diritto vigente, di seminare dubbi ed incertezze, di destabilizzare. Il che la renderebbe pedagogicamente controindicata. Questa critica, che va presa sul serio, muove da una premessa implicita: quella secondo cui la storia sia in sé — ossia prescindendo dal contenuto specifico del passato che intende descrivere — *sempre* idonea a consolare, rispettivamente a corrispondere all'ardente desiderio di ognuno di noi di vivere in un mondo sereno, sicuro ed ordinato. Solo dando per scontata questa premessa sembra infatti lecito attendersi dalla storia il conforto, del quale si diceva. Ma per arrivarvi, a questo, va in realtà riscritta. Badando ad espungere tutto quanto potrebbe interrompere, rispettivamente intralciare la linearità del racconto. Ma una storia che sopprime preliminarmente quanto non conviene, poiché ostacola concrete aspirazioni e contraddice a certezze ritenute sacrosante e quindi intoccabili, è in verità una caricatura, che non merita le nostre attenzioni. E in ambito didattico essa appare subito quale vergognosa e irresponsabile pretesa. Poiché invece di arrendersi all'insopprimibile storicità del diritto, destoricizza. La fiducia che vorrebbe infondere contrasta con la conflittualità del passato. Se la certezza, la serenità, l'armonia di un affondo storico vengono ottenute a suon di ignoranza, travisamenti e rimozione della realtà, che valore hanno? Sono apparenti, quindi fragili.

Una rivisitazione storica che, analizzando attentamente l'origine delle norme giuridiche e non mettendone preventivamente in ombra le componenti sociali e politiche, contesta implicitamente il mito della neutralità del diritto, distruggerà perciò necessariamente quelle illusioni e quelle speranze, che questo mito diffonde. Sopportarla

non è agevole, poiché mette a nudo e accolla responsabilità, impone scelte di campo, incoraggia atteggiamenti critici e slanci riformatori. Ma non è forse più onesta della ripetizione stanca ed automatica di pseudoverità, destinate tutte ad omologare quanto ‘vige’⁽⁸⁷⁾? E non sarebbe magari, proprio per questo motivo, una raccomandabile introduzione al mondo del diritto positivo ?

XII. *Conclusion.*

Se, oramai arrivato in porto, tento di riflettere sul modo — rapinoso, ma pure silenzioso — con il quale la storia irrompe inevitabilmente nelle nostre esistenze, di noi che maneggiamo quotidianamente ‘cose’ giuridiche, penso istintivamente alle ombre, che verso sera prima si allungano, poi di colpo oscurano tutto il paesaggio. Mi ammalia, questa immagine, non posso negarlo. Forse perché sono cresciuto in una città, ove il sole tramontava presto ed improvvisamente. Era circondata da alte montagne, che impedivano un occaso più dolce⁽⁸⁸⁾. Da quei tempi, remoti ma appunto non dimenticati — poiché il ricordo della mia città mi assedia, proprio come quello di Alessandria braccava il poeta⁽⁸⁹⁾ — so, che non riusciremo a frenare le ombre per non esserne, prima o poi, inghiottiti. Proprio così, così inevitabilmente, la storia ‘entra’ nella vita del diritto. Ne scandisce i tempi, ne orienta le direzioni, ne struttura le strategie. È inutile sperare qualcosa d’altro. E sarebbe irresponsabile insegnarlo, qualcosa d’altro.

⁽⁸⁷⁾ Graffiante, ma indiscutibile, R. SÁNCHEZ FERLOSIO, *La freccia nell’arco*, Milano 1992, p. 92: “In fin dei conti mi sembra che ogni forma ‘diacronica’ di legittimazione di un determinato *statu quo*, di una legittimazione quindi olimpicamente indifferente all’aspetto cruento e ripugnante che questo *statu quo* possa mostrare nei suoi aspetti sincronici, equivale all’esumazione di documenti storico-giuridici per dare un fondamento a qualsiasi diritto esistente”.

⁽⁸⁸⁾ Stefano Francini, il più grande politico cresciuto in terra ticinese, nel 1837 la descrisse così: “Una cittaduzza fiancheggiata da montagne su cui fanno loro mostra dei tratti di nuda rupe” (S. FRANSCINI, *Epistolario*, a cura di R. Ceschi-M. Marcacci-F. Mena, Bellinzona 2007, I, p. 131).

⁽⁸⁹⁾ K. KAVAFIS, *La città*, in *Poesie*, a cura di F.M. Pontani, Milano 1991, p. 32-33.

IL NAUFRAGIO DELLA STORICITÀ

Riflessioni sul neopandettismo

“Storia di popoli, dunque, non storia del diritto romano: come la vita mia è storia mia, e non storia di mio padre, anche se a mio padre io devo la vita”.

F. CALASSO, *Storicità del diritto*, 1966, p. 225

I. Un desiderio e la sua scoperta. — II. Recezione e continuità. — III. Il passato come prefigurazione del presente? — IV. Purismo giuridico e sue conseguenze. — V. *Ius commune*: “una ellissi di pensiero”? — VI. Svalutare il codice. — VII. Il presente quale semplice tappa. — VIII. Spavento e disincanto. — IX. Un modello utile? — X. *Conclusio*.

I. *Un desiderio e la sua scoperta.*

Oramai a distanza di tempo, e per di più dall'esterno, resta arduo appurare *quod erat in principio*: se l'incontenibile ed apparentemente generale desiderio degli storici del diritto di recuperare credibilità rimpetto ai cultori del diritto vigente, proponendosi loro quali interlocutori *somme toute* affidabili; oppure la scoperta che un frammento (documentabile, oppure immaginario) del nostro passato potrebbe assurgere — se opportunamente rivisitato — a modello del futuro diritto privato europeo. Se finalmente propendo per la prima di queste alternative, è perché continuo a ritenere che le scoperte sono raramente il frutto del caso. Perché allora non ammettere che proprio il desiderio degli storici del diritto di accommiatarsi definitivamente da ogni tentazione antiquaria (o neo-umanistica, come si diceva qualche decennio fa), per contribuire ora *utilmente* all'insegnamento accademico, sottolineando a tal modo l'apporto consoci-

tivo fornito dall'approccio storico al diritto vigente ⁽¹⁾, abbia almeno facilitata la scoperta, di cui si diceva? La definitiva rinuncia al ripiegamento contemplativo e storicistico ⁽²⁾ avrebbe così dato spazio ad una ricerca (più o meno sfrenata, più o meno differenziata) dell'utilità pratica ⁽³⁾. E questa sarebbe stata a sua volta prontamente coronata dalla scoperta di una nuova, grande, irresistibile 'sfida' (come amano esprimersi anche i protagonisti della storia, che qui si intende riassumere).

Va subito aggiunto che la faccenda davvero non è marginale, né per gli storici del diritto che se ne lasciano coinvolgere, né per il destino del futuro diritto privato unitario. Prova ne sia l'emergere sempre più vigoroso, consapevole e quasi minaccioso di una nuova corrente scientifica, se vogliamo di una nuova 'scuola', con i suoi maestri, le sue riviste, i suoi riti e sempre più anche le sue cattedre. Una corrente che inevitabilmente polarizza: seduce facilmente gli uni, promettendo loro un futuro a dir poco radioso, desta infinite perplessità negli altri. Se mi metto fra questi ultimi, è perché molte scelte di questo nuovo indirizzo, che opera preferibilmente su fonti giusromanistiche e che per questo motivo ritengo — a torto o a ragione — *neopandettistico* ⁽⁴⁾, non mi convincono. Ne ragiono qui

⁽¹⁾ Ribadendo cioè "den Erkenntniswert rechtshistorischer Forschung für das gegenwärtige Recht", come propone R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 62.

⁽²⁾ Ossia, in tutte lettere, "die Abkehr von der ebenso prononcierten wie einseitigen Historisierung der Rechtsgeschichte" (R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 8). Ma poco prima, e in un altro contesto, l'autore fu più prudente, si accontentò di parlare di una solo "scheinbar endgültigen Historisierung des römischen Rechts als Folge der Kodifikation des deutschen Rechts" (IDEM, *Das römisch-bolländische Recht*, p. 837).

⁽³⁾ *Supra*, p. 85-86.

⁽⁴⁾ Designo così il nuovo indirizzo solo dopo aver letto con grande interesse molti scritti recenti di R. Zimmermann, che possono affascinare e che ritengo esemplari per l'ampiezza della prospettiva scelta, per la chiarezza non solo terminologica ed anche per l'eleganza della formulazione. Ma il loro autore sa — al più tardi dall'ottobre del 1992, quando intervenni, fra gli ultimi, nella lunghissima ed euforica discussione seguita alla sua splendida conferenza di Colonia, esprimendo incredulità e dissenso ed attirandomi a tal modo se non proprio l'*odium*, certo lo scherno di molti romanisti presenti — che le sue teorie purtroppo non coincidono con le mie, ed anzi mi contrariano, e che solo contingenze esterne ed imprevedibili mi costringono a discuterne qui, purtroppo solo a distanza. E ciò per rivendicare non solo la pensabilità, ma altresì l'effettiva reperibilità di

per confutarle, queste scelte. Il che non mi impedisce però né di riconoscere la serietà e la coerenza scientifica di molte indagini propiziate da questa nuova 'scuola', né di aderire a singole conclusioni (5).

II. *Recezione e continuità.*

L'Europa e il diritto romano: ovvero il contributo determinante fornito dal diritto comune alla formazione di una cultura giuridica europea. Il tema è tutto, fuorché nuovo. A far data dalle lezioni londinesi di Paul Vinogradoff del 1909 (6), affascinò numerosi e valenti storici del diritto, attivi in paesi diversi. Pochi nomi bastano perciò a connotare una tradizione a dir poco gloriosa: Leopold Wenger, Paul Koschaker, Franz Wieacker, Erich Genzmer, Francesco Calasso, Riccardo Orestano. Ma mentre le ricerche di questi grandi autori — come anche quelle dei loro numerosi discepoli — si accontentavano di accertare che la tradizione romanistica avesse superato indenne i secoli e fosse tuttora presente, ancorché secondo

una storia del diritto privato *altra*, ossia non preliminarmente soffocata dalle coordinate (quindi anche dalle attese) giusromanistiche. *Vis-à-vis* delle quali anche altri autori non nascondono riserve e reticenze varie: R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, p. 35-36; IDEM, *Un nouveau domaine de recherche*, p. 34-35; IDEM, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, p. 82-83, 92-93; F. RANIERI, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, p. 89-101, specialmente 100; J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in *Rechtshistorisches Journal* 11, 1992, 122-144; D. SIMON, *ibidem*, p. 574-579; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Le droit commun européen entre histoire et raison*, in *Droits* 14, 1991, p. 27-27; L. MAYALI, *Mythes et réalité de la renaissance juridique au douzième siècle*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya. Ius proprium — Ius commune a Europa*, Actes del IIIer Simposi Internacional, Barcelona 5-7 de novembre 1992, Barcelona 1993, p. 187-202, specialmente 188 ss.; M. STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 23-24.

(5) Ad esempio a quella teoria, che oggi riavvicina le due parabole, *jadis* ritenute separate ed autonome, tracciate dallo *ius commune* continentale e dalla *common law* insulare. Vedi in merito R. ZIMMERMANN, *Usus bodiernus pandectarum*, p. 73-79; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 15-18; IDEM, "Heard melodies are sweet", p. 169 ss.

(6) P. VINOGRADOFF, *Roman Law in mediaeval Europe*, London 1909, subito tradotto in italiano da S. Riccobono (*Diritto romano nell'Europa medioevale*, 1914 e [seconda edizione] 1950). Notissimi, in merito, ed indimenticabili, i rilievi critici di F. CALASSO, *Storicità del diritto*, p. 211 ss., 216, 234 ss., 263 ss., 329-330.

modalità variabili e distinte, nel diritto privato dei singoli stati europei, i neopandettisti oggi mirano più in alto. Non si accontentano di questa semplice verifica, reclamano ad alta voce un maggior coinvolgimento operativo delle fonti giusromanistiche, volto “a mettere in evidenza i fondamenti sistematici, concettuali, dogmatici ed ideologici del nostro diritto europeo” (7). Intendono cioè far risaltare dalle fonti una tradizione unificatrice, proprio quella alla quale dovranno far capo i giuristi chiamati a tracciare le linee di un solido diritto privato comunitario (8). La prospettiva così evocata è ovvia e concreta: è quella del nuovo diritto privato, da elaborare e sanzionare all'interno della comunità europea (9). La posta in gioco è dunque alta, come può esserlo un pezzo di futuro che nessuno — senza esservi costretto — abbandona volentieri al caso.

Le certezze, alle quali aggrapparsi per realizzare questo disegno, sono intuibili: da un lato quelle attestate dall'origine storica di un approccio *scientifico* (rispettivamente sapienziale) alle fonti del diritto vigente; dall'altro quelle legate alla consapevolezza che questo approccio si sia lentamente affermato ovunque in modo uniforme, abbia così connotato l'evoluzione giuridica continentale e sia rimasto sostanzialmente intatto ed operante fino ai nostri giorni, a dispetto di ricadute, interruzioni e opposizioni locali. Mentre l'origine storica dell'approccio sapienziale vien data per scontata con un rinvio “alla cosiddetta *renaissance* del XII secolo” (10), appare subito meno agevole dimostrare come e perché intuizioni e pratiche collaudate inizialmente nello spazio ‘bolognese’ poterono poi dilatarsi ed affer-

(7) R. ZIMMERMANN, “*Heard melodies are sweet*”, p. 171-172.

(8) R. ZIMMERMANN, “*Heard melodies are sweet*”, p. 172. Sarà comunque bene non dimenticare, che la funzione unificatrice (rispettivamente integratrice) del diritto comune (e della sua scienza) non è una scoperta neopandettistica. Era già stata ribadita nell'Ottocento (v. *supra*, p. 85 nota 84), amarono evocarla anche molti romanisti novecenteschi. Lo documenta egregiamente l'opera poco conosciuta e che già per questo motivo cito volentieri, pur sentendome lontano, di un interprete originale: J. G. LAUTNER (1896-1972), *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, *passim*, specialmente p. 4, 61 ss., 109 ss., 114, 126 ss.

(9) R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 8-9.

(10) R. ZIMMERMANN, *Usus modernus Pandectarum*, p. 70; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10-11.

marsi ovunque in modo uniforme, diventando così la chiave di volta di una cultura giuridica europea. Per venirne a capo i neopandettisti (ma in fondo non solo loro) ricorrono tacitamente a due teorie, che gli storici del diritto da tempo non mettono più in discussione, perché letteralmente le adorano: quella della recezione e quella (connessavi) della continuità. La prima indica le strade che permisero al 'metodo bolognese' di dilatarsi ed affermarsi un po' ovunque; la seconda spiega perché tale metodo, una volta adottato, rimase sostanzialmente incontestato fino alla fine del XIX secolo.

Non condanno esplicitamente questa strategia, quindi non contesto gli argomenti che tendono a giustificarla. Ma non posso ugualmente tacere che il ricorso così frettoloso ed approssimativo a teorie, che l'odierna critica ermeneutica ci ha insegnato a maneggiare con estrema cautela ⁽¹¹⁾, non mi pare sia di buon auspicio. Cammin facendo potremmo accorgerci che chi si affida così precipitosamente ad immagini oggi giorno sempre più discutibili in realtà costruisce sulla sabbia.

III. *Il passato come prefigurazione del presente?*

Ogni storico sa, già per esperienza propria, che il passato non può essere afferrato in modo completo ed oggettivo. Possiamo percepirne frammenti; solo quelli catturati dalle fonti di cui dispo-

⁽¹¹⁾ Sul concetto (notoriamente controverso) di recezione ragionano, da prospettive molto diverse ed anche contrastanti, ad es.: G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 5 ss.; G. DEL VECCHIO, *Sulla comunicabilità del diritto*, in: *Studi sul diritto*, I, Milano 1958, p. 55-70; M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, a cura di R. v. Borries, München 1974, p. 124-131; E.E. HIRSCH, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, Berlin 1966, p. 89-138; IDEM, *Rezeption als sozialer Prozess*, Berlin 1981, *passim*; H. Scholler (a cura di), *Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, volume 158, Baden-Baden 1993; S. Schipani (a cura di), *Giappone e diritto romano*, in *Index* 20, 1991, p. 363-403. La teoria della continuità, che volentieri vien ritenuta una conseguenza della recezione, è stata a sua volta oggetto di riserve e critiche. Vedi ad esempio L. RAGGI, *Scritti*, p. 37-39; L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, p. 3-56, specialmente 23-26; M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, Milano 1971, p. 29-66; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*, p. 20-24; IDEM, *Alle origini del diritto borghese*, p. 64 ss.

niamo e che vengono poi filtrati (rispettivamente selezionati) dalla nostra precomprensione. Se io tento di ragionare su un argomento storico, inconsapevolmente lo *caronizzo*: ossia mi soffermo solo su quegli aspetti che la mia soggettività intravede, capta, isola e ordina. Il resto viene espunto o scartato, poiché — così almeno a me pare — non incide sul messaggio. E tutto ciò accade inevitabilmente, ossia senza coinvolgere meriti e colpe di chi si interroga sul passato. Ma incita proprio per questo motivo alla prudenza: suggerisce dapprima di selezionare accuratamente le fonti alle quali rinviano i nostri ragionamenti; impone poi di interpretarle con avvedutezza. Anche per evitare che la storia venga ignobilmente costretta a puntellare l'ordine costituito.

Naturalmente queste massime non escludono che il passato venga interpellato 'concretamente', ossia in ordine a un argomento circoscritto, al destino di un istituto, alla soluzione di un problema e altro ancora. In realtà lo interroghiamo *sempre* perché sollecitati da interrogativi specifici. Ma dovremmo anche tentare di farlo liberi da preconcetti e senza covare attese troppo intriganti.

A queste direttive *non* si attiene invece quello storico (o quel giurista), che esplora il passato alla ricerca di una conferma, della conferma di un modello in cui già crede, della cui eccellenza (oggi si dice così) non dubita, ragione per cui tenta di garantirgli un futuro. Mi appare infatti condizionato da un'attesa troppo specifica e scontata, 'vede' perciò solo quanto gli serve o gli conviene; e opacizza altrettanto automaticamente quanto contraddice, relativizza, o sembra in un primo tempo essere del tutto estraneo all'oggetto della ricerca. Potrei dire: lo concernono (e quindi vengono da lui percepiti) solo quei frammenti del passato, che prefigurano o anticipano un esito in realtà già ampiamente condiviso ⁽¹²⁾. Così ispirato perlustrò Eugen Huber le tradizioni giusprivatistiche svizzere, notoriamente figlie di un particolarismo gagliardo: alla disperata ricerca di una unità embrionale da anteporre programmaticamente a quella del diritto uniforme che stava pazientemente elaborando ⁽¹³⁾. Analogamente si comportano oggi i neopandettisti: hanno anche loro occhi solo per quelle sequenze storiche, che

⁽¹²⁾ *Supra*, p. 74 ss.

⁽¹³⁾ Così almeno nella lettura (discutibile, ma intelligente) delle opere huberiane,

anticipano il futuro. Non un futuro qualunque, però, ma solo quello da loro esplicitamente auspicato. Pare perciò lecito riassumere affermando: il passato in realtà non lo interrogano, preferiscono rispecchiarsi.

Affermare che il passato prefigura il presente, che ne rappresenta un semplice antefatto, può essere ragionevole, discutibile o palesemente infondato. Tutto dipende dalle risposte veicolate o anche solo prospettate da questa affermazione, quindi anche dalle certezze che svela, come da quelle che pudicamente nega o tace. Prima di esprimere un giudizio sarà perciò utile elencarle e valutarle tutte, queste presunte certezze.

IV. *Purismo giuridico e le sue conseguenze.*

L'argomentare dei neopandettisti fa spesso discutere e può occasionalmente indisporre, anche a causa del suo rigido purismo: vede infatti nel diritto un prodotto autonomo, originato e mosso da una dinamica *propria*, autonoma e perciò irriferribile ad ogni e qualsiasi contesto, quello sociale compreso. Chi, fortificato da queste certezze, si accinga a descriverne l'evoluzione storica, può dunque farlo accontentandosi di piegarsi alla logica sottesa ai concetti. Ogni altra valutazione essendo sostanzialmente superflua, quando non controindicata. Il che è, a dir poco, opinabile. Poiché se è vero che il diritto vive nel sociale proprio come i pesci nuotano nell'acqua (ma ci pensiamo davvero a queste cose, quando ripetiamo *ubi ius, ibi societas?*), allora è difficile capire come si possa appurarne il significato e tracciarne l'evoluzione senza riferirvisi esplicitamente. Ossia senza far capo a tutti quei dati che svelano la valenza sociale di una regola giuridica nell'ambito di una concreta realtà storica. Anche da questo punto di vista gli esempi che ora passo rapidamente in rassegna sembrano eloquenti.

1. La storia dei fatti economici, come anche quella della teoria economica, quindi di fatti e di dottrine che hanno spesso condizio-

ora proposta da D. MANAI, *Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique*, Basel-Frankfurt a.M. 1990, *passim*. Ho formulato qualche riserva in *Il mito svelato*, p. 395 ss.

nato le opzioni giuridiche, è praticamente assente dalle pagine dei nostri autori. ‘Praticamente’ significa: se si prescinde da qualche (comunque inevitabile) cenno esplicito all’Unione Europea (che fu inizialmente concepita quale spazio economico ⁽¹⁴⁾) e da qualche occasionale rinvio alla rivoluzione industriale, la cui portata rimane peraltro vaga ⁽¹⁵⁾.

So ovviamente anch’io che il rapporto fra diritto ed economia fu spesso, ed anche recentemente, oggetto di ampie ed aspre contese. Evitarle, semplicemente ignorando (o tacendo) l’impatto dell’economia sul diritto, può essere una soluzione, certo. Ma una soluzione improponibile per chi sa che spesso sono proprio le realtà economiche quelle che spiegano il significato e l’evoluzione delle regole giuridiche. Come documenta ad esempio l’interesse che da sempre la borghesia (quella agraria prima, quella commerciale poi, e per finire quella industriale) manifestò per un diritto privato ritagliato su misura, quindi congeniale alle proprie strategie e ai propri programmi economici. Da trecento anni proprio questo interesse scandisce il tempo dell’evoluzione giuridica, massime di quella del diritto privato. Ne sta al centro, la spiega, la giustifica. Prevalendo, con le rivoluzioni borghesi, su altri interessi settoriali, supera ed accantona soluzioni oramai inadeguate. Chi vi rifletta segue agevolmente l’itinerario realmente battuto, ne scopre subito la logica. Ma gli scritti dei nostri autori non se ne curano, nemmeno quando ragionano su quanto avvenne all’inizio del XIX secolo, ossia sulla ‘nazionalizzazione’ del diritto. Preferiscono prescindere anche in questo caso da ogni approccio socio-economico. E quindi sono costretti a vedere nella transizione ad un sistema di diritti codificati nazionali proprio solo una tappa *enigmatica*, magari *paradossale*, dell’evoluzione giuridica. Paradossale almeno quanto il fatto che avvenne “proprio nel momento in cui — con la tradizione giusnaturalistica — si riaffermò una teoria giuridica universale” ⁽¹⁶⁾.

2. Non maggiore è l’attenzione rivolta alla storia sociale in senso

⁽¹⁴⁾ R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 8-9.

⁽¹⁵⁾ R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, p. 20, 34, 36; A. CAVANNA, *Storia dell’Europa e diritto*, p. 45.

⁽¹⁶⁾ R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10.

lato, a quella che spiega l'origine, il successo ed il tramonto di singoli istituti giuridici, come anche dei sistemi che li ordinano, non tanto deducendo logicamente da indiscutibili e inossidabili principi dogmatici, o confidando in una nuova 'magica' rinascita (una fra le molte che popolano l'inquieto immaginario dei neopandettisti), ma analizzando concretamente l'esito di conflitti che da sempre opposero sostenitori di programmi sociali (quindi politici, economici, culturali) contrastanti, quando non antagonistici.

L'esempio concreto qui ce lo offre la crisi del sistema delle fonti del diritto comune, che nella seconda metà del XVIII secolo divenne manifesta ed inarrestabile. Fu denunciata un po' ovunque dall'illuminismo giuridico: soffiando sul fuoco, conferì esso una finora sconosciuta pubblicità e dirompenza a quelle ragioni, teoriche e pratiche, che suggerivano di mettere fine ad un'esperienza pluriscolorare⁽¹⁷⁾. Ad un'esperienza che i neopandettisti però lodano senza riserve, desiderosi come sono di riproporla e di conferirle nuovo smalto nel contesto europeo. Passano perciò sotto silenzio la critica illuministica, che deplorava i molteplici disagi sociali provocati dal vecchio sistema. Sembrano dapprima ignorare che dietro a queste critiche prende lentamente forma — quale limpido controcanto — *quel* sistema delle fonti, che sanzionerà il tramonto del diritto comune. Chi preferisce non accorgersi di tutto questo, o non lo tiene in nessun conto, ma propone *sic et simpliciter* un ritorno all'antico, ricorda lo struzzo, che infila capo e collo nella sabbia per non accorgersi di quanto sta succedendo. Quale peso conferire, in un contesto marcato da tali 'dimenticanze', all'accusa poi rivolta alla codificazione, di aver svalutato la scienza giuridica, di averne fatto —

(17) G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, *passim*; V. PIANO MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel secolo XVIII*, Napoli 1971, p. 67 ss.; R. BONINI, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Bologna 1991; W. WOLODKIEWICZ, *Nota di lettura* alla ristampa di A.-J. BOUCHER D'ARGIS, *Le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Napoli 1983, p. VII-XXXVII; IDEM, *Nota di lettura* alla ristampa di *Le droit romain et l'Encyclopédie*, 31 Articles, Napoli 1986, p. VII-XLVII. Ma va osservato che mai come in questo caso il pericolo è grande di leggere le critiche e le rivendicazioni degli illuministi senza tener conto del contesto storico, conferendo così loro una valenza, che in realtà non ebbero. Lo ha recentemente ricordato M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione*, p. 72.

da esperienza europea che era — una faccenda provinciale? Jhering, al quale i neopandettisti rinviano sempre con patetico compiacimento, l'aveva formulata dapprima nel 1852 ⁽¹⁸⁾; ma muoveva da altre premesse e rincorreva ben altre visioni.

3. Tutto ciò, senza insistere troppo sugli imbarazzanti equivoci che l'uso di un concetto vago e slabbrato di 'unità del diritto' provoca e moltiplica. Sono imbarazzanti, perché in realtà vanificano ogni discussione. Ce ne rendiamo conto quando ragioniamo sul rimprovero che i neopandettisti rivolgono tradizionalmente alla codificazione, ossia quello — appena ricordato — di aver distrutto l'antica e secolare unità della scienza giuridica europea. Se questo assunto ci colpisce è per un motivo molto semplice: perché noi, e non da oggi, vediamo proprio nella codificazione una strategia vincente, perché a largo raggio — e durevolmente — unificante ⁽¹⁹⁾. Come si spiega e come si scioglie questo ingorgo verbale? Semplicemente distinguendo fra

a) l'uniformità dell'insegnamento accademico, raggiunta grazie al successo continentale conseguito dall'approccio 'bolognese'. Se a tutti i giuristi ordinò di 'leggere' ogni e qualsiasi regola giuridica *secundum ius commune*, non per questo unificò il diritto vigente negli innumerevoli territori di una società disperatamente polverizzata, ove "le territoire était un et les nations diverses" ⁽²⁰⁾;

b) l'unità funzionale, alla quale possono tendere regole, norme ed istituti di estrazione storica e sociale molto diversa ed alla cui comunque problematica rappresentazione si dedica la storia giuridica comparata ⁽²¹⁾;

c) e finalmente quell'unità materiale del diritto, che nel XIX

⁽¹⁸⁾ *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1852, Teil I, p. 15.

⁽¹⁹⁾ P. CARONI, "Privatrecht", p. 53 ss.

⁽²⁰⁾ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, p. 463-523, specialmente 463-464: "De là cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire: on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune, et les États particuliers et distincts. Le territoire était un, et les nations diverses".

⁽²¹⁾ Azzeccati, quindi convincenti, mi sembrano gli esempi che elenca e discute R. ZIMMERMANN, "Heard melodies are sweet", p. 160-170.

e XX secolo fu un po' ovunque raggiunta sanzionando i codici, quindi facendo capo ad una complessa legislazione statutale. A differenza delle due forme già citate, operava localmente, ossia solo nell'ambito statutale, rispettivamente territoriale; in questo ambito interveniva però radicalmente, ossia su un piano geografico, sistematico e sociale. Se poté affermarsi e oscurare progressivamente il regno del diritto comune, non certo per motivi di natura dogmatica, ma piuttosto politica, economica, culturale. Per individuarli, valutarne la portata, dar loro quel peso che realmente ebbero, occorre però 'sconfinare', interrogare la storia sociale. Proprio quella, nella quale i nostri autori preferiscono non avventurarsi.

V. *Ius commune: "una ellissi di pensiero"?* (22).

Ma alla strategia neopandettistica tutto ciò non basta. Non le basta isolare il diritto storico, separarlo dal retroterra che gli fu proprio, per poterlo meglio modellare. Poiché la logica intransigente, della quale si nutre, impone altri tagli, vuole altre 'vittime'. Svaluta così *d'emblée* tutto quanto opacizza o relativizza la purezza del modello. E poiché questo rinvia ad una tradizione sapienziale e identifica il diritto con quello elaborato dai giuristi, privilegia inevitabilmente l'approccio giusromanistico. Tutto quanto non vi si riferisce, perché magari documenta l'esistenza e la vitalità di altre tradizioni o di altre fonti, concorrenti o sussidiarie, esula perciò dall'ambito esplorando, viene inevitabilmente taciuto e dimenticato, in realtà scartato.

1. La scomunica (rispettivamente l'oblio) colpisce dapprima la storia di quei territori, che non si accodarono mai alla processione giusromanistica e che quindi, nel XIX secolo, codificarono il loro diritto privato senza aver mai condiviso il primato del diritto comune. È bene non farne un dramma, anche se la condanna folgora stati e città (Venezia è forse l'esempio più noto, ma non l'unico) che la storia europea ricorda con rispetto ed anche ammirazione. Se dunque i nostri autori affermano, compiaciuti, che la scienza gius-

(22) F. CALASSO, *Storicità del diritto*, p. 219.

romanistica fu comune a tutte le regioni dell'Europa centrale e occidentale ⁽²³⁾, non dicono il vero, oppure ci costringono ad interpretare le loro descrizioni *cum grano salis*. Senza dimenticare che il silenzio su queste situazioni 'irregolari' evita loro l'imbarazzante confronto con le ragioni storiche del fenomeno. Se debitamente approfondite, proprio queste ragioni avrebbero certamente mitigato l'euforia unificatrice e generalizzante dei nostri autori.

2. Una categoria a sé è data secondariamente da quelle situazioni storiche, nelle quali l'unificazione materiale del diritto fu sì raggiunta, ma seguendo itinerari lontani da quelli battuti dalla scienza giuridica. Di origine disparata, vengono purtroppo raramente allineate: penso al diritto cetuale della nobiltà, a quello feudale, allo *ius mercatorum*, alla diffusione degli *specula iuris*, all'adozione di uno stesso modello da parte di parecchie città ⁽²⁴⁾. È vero che tutte queste situazioni non centrano i temi preferiti dai neopandettisti, e quindi la loro esclusione può persino apparire giustificata. Ma esaminarle non sarebbe comunque stato inutile: documentano infatti che l'aspirazione all'unità non fu mai astratta ed assoluta, ma sempre e solo riferita a configurazioni specifiche, quindi settoriali. E svelano parimenti una sorprendente pluralità di strade, tutte peculiari al vecchio mondo, tutte perciò ignote (quando non sospette) alle strategie unificatrici elaborate dall'illuminismo giuridico. Da cui si deduce sia l'impossibilità di contrapporre all'unificazione sognata e realizzata dalla modernità, sia l'improponibilità di una loro valutazione concreta.

3. Problematica, in realtà inconcepibile, a rigore imperdonabile, mi appare invece la sistematica espunzione di tutte le fonti applicabili solo in ambito locale, perciò specularmente contrapposte al diritto comune. Riassunte tutte nell'ondivago concetto di *ius proprium*, vantano origini molto diverse, come possono essere quelle

⁽²³⁾ R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 70; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10, aderendo così a visioni già tradizionali.

⁽²⁴⁾ R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, p. 8-11; IDEM, *Un nouveau domaine de recherche*, p. 38; IDEM, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, p. 75-76; W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht*, p. 227.

degli statuti di comuni, valli, pievi, vicinanze, confraternite; oppure di compilazioni a raggio regionale, del diritto consuetudinario, di decreti, gride, ordini, eccetera. I neopandettisti non ne ignorano l'esistenza. Ma le ritengono, nel migliore dei casi, estranee ai loro interessi, ai loro piani, alle loro rivendicazioni. Poiché non concorrono né a garantire l'unità della tradizione sapienziale, né a consolidarne la supremazia. Vengono perciò da loro dislocate in un limbo inerme popolato da storici 'locali', che solo a fatica si salvano dalle bordate romanistiche. L'amaro destino toccato in sorte ai germanisti ottocenteschi non è un caso unico, ma solo l'esempio più conosciuto (e drammatico) di questa emarginazione. Il modello sotteso a tutta la manovra è peraltro noto: suddivide l'ordinamento giuridico in due sezioni complete ed irrelate, quindi rigidamente separate: *ius commune* propone l'una, *ius non commune vel proprium* registra l'altra. In sequela a tale suddivisione ed alla supremazia implicitamente riconosciuta alla variante classica e supralocale si articolano poi l'insegnamento e la ricerca. Giù giù nel tempo e fino ad oggi, come del resto ognuno sa.

Ma la realtà storica, quella almeno nella quale alligna ed opera il diritto privato, si sottrae abilmente a queste manipolazioni. Se conosce, questa sì, la contrapposizione fra il diritto profano e quello canonico ⁽²⁵⁾, ignora quella fra diritto comune e diritto locale. Nella realtà, che è sempre una realtà *locale*, concreta, individuata, questi due diritti non vivono infatti ciascuno una vita loro, autonoma, parallela, autoreferenziale. Concorrono, e talora si scontrano. Oppure convergono, collaborano, si compenetrano. Chi voglia occuparsi dell'uno deve necessariamente considerare anche l'altro. Deve appurare come si influenzano, ossia come si embricano o come si elidono; come vanno vicendevolmente interpretati e come finalmente, in capo ad una *interpretatio* più o meno laboriosa, l'uno prevale sull'altro. Nemmeno la clausola corrente, che proclama il

(25) Una contrapposizione, nella quale recentemente e da fonte autorevole fu riconosciuto un tratto peculiare della storia giuridica europea (P. LANDAU, *Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*, in R. Schulze [a cura di], *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, p. 39-57, specialmente 39-40), ma che gli autori neopandettisti per lo più ignorano. Allineano perciò le due tradizioni, senza dar peso alle (innegabili) differenze strutturali, solo così potendosene servire.

valore sussidiario del diritto comune, ci dispensa da questi accertamenti. Il suo significato varia infatti a seconda dei contesti storici: sui quali spesso premono ragioni di natura politica, giudiziaria o corporativa per garantire il primato all'uno o all'altro diritto. Dal che si deduce che questo primato non risulta da una gerarchia prestabilita e scontata, ma va conquistato sul campo dell'argomentazione giuridica e delle rivendicazioni giuspolitiche. Ragione per cui è discutibile tanto sostenere che il diritto consuetudinario debba sempre inserirsi armoniosamente nel sistema del diritto comune ⁽²⁶⁾, quanto affermare che il diritto comune sia stato regolarmente sopraffatto da quello locale. Devo perciò concludere in modo interlocutorio: ricordando che nell'ottica (modesta, se si vuole, ma in compenso reale) delle vertenze concrete, che il giudice intendeva dirimere, il "sistema del diritto comune" appare virtuale ed astratto; l'unità che pretendeva di garantire essendo — come asserì Mommsen — "eine rein äusserliche" ⁽²⁷⁾. Chi la evoca e la ritiene sorretta dalla scienza giusromanistica, non può farlo solo richiamandosi ad un solitario ed apparentemente indiscusso primato del diritto classico, oppure a una delle già tante vite vissute da questo diritto. Deve altresì accettare di misurarsi con la realtà storica, con quella realtà che ignora, sovrana, le curiose lottizzazioni approntate *olim* dai giuristi e poi comodamente conservate. Svela essa in compenso, che ogni popolo ha recepito e metabolizzato il messaggio giusromanistico a modo suo, ossia in un contesto segnato dalla propria storia e dalla propria cultura. Francesco Calasso l'aveva intuito più chiaramente dei suoi compagni di viaggio ed aveva riassunto i motivi del suo dissenso in quella critica della 'riedizione' della *Geschichte* savigny-

⁽²⁶⁾ Come sosteneva H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, p. 32, cui si accoda R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 12. Opinione che W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht*, p. 228, critica apertamente.

⁽²⁷⁾ T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, Berlin 1907, p. 584. Linea interpretativa, questa, anticipata in molti scritti di G. CASSANDRO, ad es. in *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, *passim*, p. 70. I meriti di Cassandro vengono giustamente sottolineati da M. Caravale nella sua *Prefazione* a G. CASSANDRO, *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di storia giuridica meridionale*, Bari 1994, I, p. VII -XII.

ana ⁽²⁸⁾, la cui lettura consiglio agli autori neopandettisti. Poiché anche loro — come dicevo — evitano accuratamente di percorrere quei sentieri, che documentano la vitalità di *un* diritto, anche se non dell'unico da loro auspicato, ossia di quello comune.

Non è escluso che il timore di venir sconfessati dal confronto con la realtà storica, o il desiderio di tener conto — seppur minimamente — delle critiche loro rivolte, abbiano recentemente suggerito ai nostri autori una correzione di rotta. Ammette essa che l'unità fu conseguita non tanto tramite l'applicazione ubiquitaria delle stesse regole, o il coordinamento della prassi giurisprudenziale, quanto attendendo all'elaborazione di una comune tradizione sapienziale, destinata a operare in ambiti accademici, nell'insegnamento e nella formulazione di una *ars argumentandi* ⁽²⁹⁾, che tosto divenne patrimonio della cultura europea. Tutto ciò in sequela ad un atteggiamento metodico, che i neopandettisti aspirano a recuperare nel presente ⁽³⁰⁾ e che appare lecito riassumere così: si accetta l'esistenza delle diversità locali (già perché appare temerario negarle), ma si tenta di neutralizzarle ordinando di leggerle con gli stessi occhiali. Ossia, fuor di metafora: interpretando ovunque il diritto locale in base ai concetti di quello comune. Questo ripensamento merita un triplice commento. Il *primo* per obiettare che forse non è sempre indicato squadrare paesaggi diversi con gli stessi occhiali, anche se il verbo accademico sembra davvero spingere in tale direzione. Il *secondo* per eccepire che, ragionando così, si ritorna sostanzialmente alla concezione savignyana della storia come 'Litterär-geschichte'; il che spiegherebbe l'interesse con il quale i nostri autori seguono l'irradiazione cosmopolita esercitata da teorie, maestri e cattedre ⁽³¹⁾. Il *terzo* per soggiungere che mi capita maliziosa-

⁽²⁸⁾ F. CALASSO, *Storicità del diritto, passim*, specialmente p. 206, 213, 215, 221, 225, 240. La critica alla 'riedizione' della *Geschichte* savignyana a p. 231, nota 4.

⁽²⁹⁾ V. in merito F. RANIERI, *Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe*, in *Ius commune* 17, 1990, p. 9-25, specialmente 11-14; IDEM, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, p. 91-95.

⁽³⁰⁾ F. RANIERI, *Der europäische Jurist*, p. 21; IDEM, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, p. 98.

⁽³¹⁾ E qui operano davvero con passione e competenza: v. ad es. R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 70-71; IDEM, *Das römisch-holländische Recht*, p. 836-837; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10-11.

mente di pensare che l'attenzione così rivolta alla vita e all'opera dei grandi giuristi funga in realtà da ridotta, sulla quale ripiegare quando la strategia principale — quella tesa a verificare la valenza generalizzata di una regola romanistica — fa cilecca. In fondo può davvero risultare utile disporre di più registri, ai quali far capo a seconda delle situazioni ⁽³²⁾.

VI. *Svalutare il codice.*

I motivi accampati per giustificare l'indifferenza (quando non l'esplicito rifiuto) rimpetto alle fonti locali anticipano le ragioni dell'atteggiamento assunto dal neopandettismo nei confronti di quelle correnti di pensiero, che dapprima contestarono apertamente il primato del diritto comune, poi ne affrettarono il tramonto. *Rebus sic stantibus* il rifiuto esplicito della codificazione del diritto non giunge inatteso. Certo, ricorda ancora una volta Savigny. Ma solo per la drasticità del verdetto, non certo per l'analisi che l'aveva provocato. Quella di Savigny fu infatti un capolavoro solitario, che affascina tuttora, quella dei neopandettisti si consuma in uno sguardo rapido e sommario.

1. Al codice rimproverano di avere dapprima rivendicato, poi davvero conseguito il primato finora riconosciuto al diritto comune ed alla scienza che per secoli se n'era occupata. Di aver perciò provocato il tramonto del sistema delle fonti che vi si riferiva. Fu la svolta decisiva. Poiché il codice non intendeva opporsi ad una valorizzazione *puntuale* di singole regole romanistiche, ma piuttosto a quel sistema, che per secoli aveva affidato la definizione, l'applicazione e l'aggiornamento del diritto vigente alla discrezione del *iuris prudens*. Incarnava perciò l'alternativa, quella *Gesetzgebung* che Savigny nel 1814 oppose specularmente alla *Rechtswissenschaft*. Un'alternativa, della quale ora si potè correttamente affermare, che

⁽³²⁾ L'esempio l'offrì forse H. Coing, che nell'opera appena citata (*supra*, nota 26) ha sempre visto nel 'diritto privato europeo' sia il diritto materiale (comune) che l'uniforme tradizione sapienziale.

aveva espropriato i giuristi, a tutto vantaggio dei politici ⁽³³⁾. Vista in questa luce la codificazione incrementò le competenze dell'emergente stato borghese: *statalizzò* il diritto. Non era pensabile arrivare a tanto senza nel contempo sopprimere il monopolio finora gestito dai giuristi, destinato a tracciare d'autorità il perimetro del diritto (ancora) vigente. Al loro monopolio si sostituì ora quello dello Stato; all'esame casuistico la sanzione astratta. Tutto il diritto ingabbiato dal codice fu ritenuto 'positivo', quindi applicabile. A molti giuristi tutto ciò magari dispiacque. Reazioni negative non tardarono a manifestarsi. Dai loro ranghi si alzò l'accusa già ricordata, quella che ritenne i codici colpevoli di aver oramai ridotto la scienza giuridica a pratica meramente provinciale. Altre ne seguirono, quasi ininterrottamente, fino al giorno d'oggi. Una delle più recenti spunta — non del tutto inattesa — dagli scritti dei neopandettisti. Vede nei codici la causa di una "storicizzazione della scienza giuridica" che loro, i neopandettisti, deplorano amaramente ⁽³⁴⁾. Di che si tratta? Del fatto che i codici, sopprimendo l'indagine storica volta a definire l'ambito del diritto vigente, avrebbero esautorato gli storici, costringendoli ora alla mera contemplazione delle cose passate. Devo ammettere che, se avessi voluto ragionare di queste cose, avrei scelto altre parole. Avrei *anzitutto* ribadito che a mio avviso il codice *non* reintegrò un approccio storico già sperimentato in passato, ma ne avviò uno *ex novo* ⁽³⁵⁾. Uno che dopo la svolta poteva logicamente essere solo "contemplativo". A patto di accordarci sui termini: *contemplativo* è quell'atteggiamento che non si propone oramai più di rifluire *direttamente* e drasticamente nell'interpretazione del diritto positivo. Non rinuncia del tutto ad interferire, ma accetta di percorrere itinerari più lunghi e più sofisticati, comunque sempre meno diretti. Prima o poi arriva a destinazione, ma sempre e solo *auf dem Umweg*. E *secondariamente* non avrei taciuto che, contraria-

⁽³³⁾ Così ha sostenuto, forse prima di altri, P. Grossi in molti scritti, finalmente confluiti nel volume su *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, *passim*. Alle alterne vicende del primato sapienziale, ossia dell'egemonia esercitata dalla scienza del diritto comune nel XIX secolo, ha dedicato molta attenzione M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

⁽³⁴⁾ Ad es. R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 19; ma il rimprovero è di prammatica.

⁽³⁵⁾ Vedi *infra*, p. 180, 199, 221, 236.

mente ai timori dei neopandettisti, gli storici del diritto hanno spesso disprezzato la contemplazione, in tutte le sue forme. Le hanno preferito — massime in area germanofona — la modesta *routine* e quindi un insegnamento propedeutico, che preparasse i loro discepoli a farsi rinchiodare con dignità (o rassegnazione?) nella gabbia del diritto vigente, di quello ora sanzionato dai codici. Ma il momento di ragionare ad alta voce su questa incredibile anomalia pare non sia ancora arrivato.

2. Date queste premesse, la condanna della codificazione appare ampiamente scontata. Vien per di più pronunciata senza un minimo cenno alla valenza innovatrice del nuovo sistema; si ritiene sufficiente (e magari anche più efficace) elencare quanto ha distrutto, le malefatte di cui si è resa colpevole. Le vengono accollate, una dopo l'altra, colpevoli responsabilità: massime quella di aver reciso il cordone ombelicale che collegava il diritto positivo alla sua storia ⁽³⁶⁾, come anche quella di aver propiziato quelle ramificazioni nazionali del diritto privato che — sebben dovute al 'caso' ed all'arbitrio', come si sottolinea con intento poco misurato ⁽³⁷⁾ — hanno tuttavia distrutto stabilmente l'antica unità giuridica europea ⁽³⁸⁾. Il che appare poco plausibile, soprattutto se le differenze fra i singoli codici civili vengono poi ritenute superficiali ⁽³⁹⁾.

La codificazione viene così calata dai nostri autori in un calco negativo: con un'ostinazione che può persino affascinare. Elenca perciò proprio solo quanto è stato distrutto e lo sa descrivere solo negando. Quindi parla di "verità distrutte", "unità dissolte", "nessi recisi", "continuità interrotte", "monopolio perduto" ed altro ancora. Suona bizzarro, tutto questo: proprio come se dicessimo che le nuvole sono ostacoli dei raggi solari e che "i sogni, sapete, sono quelli da cui ci si sveglia" ⁽⁴⁰⁾. I lati positivi, le novità realizzate dai codici e spesso reclamate a viva voce dalla società ottocentesca, non

⁽³⁶⁾ R. ZIMMERMANN, "Heard melodies are sweet", p. 173.

⁽³⁷⁾ R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 11; IDEM, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 91.

⁽³⁸⁾ R. ZIMMERMANN, "Heard melodies are sweet", p. 173.

⁽³⁹⁾ R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20.

⁽⁴⁰⁾ R. CARVER, *Cattedrale*, Milano 1989, p. 173. Ancora più incisiva la versione

trovano nessun posto in questi resoconti. A meno che non offrano poi l'occasione di recuperare singole soluzioni romanistiche. Se la codificazione in questi casi viene eccezionalmente presa sul serio, è proprio solo perché permette ai neopandettisti di affermare che non può essere rettamente intesa senza ricorrere al vecchio diritto comune. Si salva dunque, in quest'ottica balorda, il codice peggiore. Quello formulato maldestramente, sul quale i nostri autori si gettano come avvoltoi. Per ripristinare nei suoi confronti la continuità⁽⁴¹⁾, per ricondurlo all'ovile. Lo correggono, come vuole la tradizione⁽⁴²⁾. Ma c'è da dire che lo fanno sulla scia di lezioni canoniche: basti ricordare come Savigny ridusse a ragione l'ALR prussiano o come Josef Unger 'emendò' l'ABGB austriaco.

3. Quando poi si tratta di descrivere la svolta, di elencarne le cause, quelle che spiegano l'affermarsi del nuovo sistema delle fonti, i neopandettisti quasi si defilano, sanno dir poco. Forse è questo il prezzo che pagano per aver trascurato di 'leggere' la storia giuridica sullo sfondo di quella sociale. Alludono al risvegliarsi e all'irrobustirsi del sentimento nazionale, vedono dunque nella codificazione anzitutto la nazionalizzazione del diritto⁽⁴³⁾. Il che può anche sorprendere, già perché il concetto di nazione è notoriamente polisemico e viene oggi rimesso in discussione con un'intensità, che dalle righe dei nostri autori comunque non traspira⁽⁴⁴⁾. Seconda-

originale: "Dreams (...) are what you wake up from" (R.C., *Cathedral*, New York 1984, p. 200).

(41) R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 82 ss.; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 18-20.

(42) Leggere per credere: "Auch über manche Entscheidung des BGB-Gesetzgebers hat sich die Rechtsentwicklung ohne allzu grosse Schwierigkeiten hinweggesetzt, dabei bestimmte Verwerfungen, Unstimmigkeiten und nur zeitbedingte Absonderlichkeiten des geltenden Rechts abgeschliffen und dieses damit ganz ius-communekonform (in der Regel durch unbewusstes Wiederanknüpfen an die vom Gesetzgeber scheinbar endgültig verabschiedete Tradition) fortgebildet" (R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 19).

(43) R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 70; IDEM, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10; R. SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche*, p. 39.

(44) Manca perciò qualsiasi accenno alle ricerche di autori come M. Hroch, E. Gellner, E.J. Hobsbawm, E. Balibar e I. Wallerstein, che recentemente hanno a più riprese attirato l'attenzione sulla storia controversa del concetto e di quanto nella realtà

riamente perché la maggior parte dei codici sanzionati in Europa nel corso del XIX secolo non è formata da legislazioni *nazionali* ⁽⁴⁵⁾. Per tacere del fatto che accontentandosi di questa discutibile spiegazione si oscurano le reali ragioni storiche del cambiamento. Penso in particolare al desiderio di realizzare un'unità giuridica *diversa* da quella finora garantita dal ceto dei giureconsulti. Diversa soprattutto poiché conveniva ora sia al sovrano assoluto che al ceto borghese ed ai portavoce dell'illuminismo giuridico. Per motivi egoistici e in parte persino contrastanti, aspiravano tutti a conseguire una maggior certezza giuridica e contavano di arrivarvi codificando il diritto. Un'inattesa, casuale, ma felice convergenza di intenti conferì così al piano un inaspettato successo.

I neopandettisti potrebbero naturalmente obiettare che a loro le cause dell'emergere del diritto codificato in realtà non interessano troppo, perché generalmente si occupano di altre cose e di altri tempi. Il che magari è vero, ma non basta per metterli al riparo dalla nostra critica. Se infatti, vincendo la loro iniziale ritrosia, le avessero analizzate, queste cause, avrebbero finalmente scoperto come e perché il vecchio sistema delle fonti entrasse prima in crisi e venisse poi sostituito dal codice. Ad esempio osservando come in sequela alle rivoluzioni borghesi nacque e si irrobustì il desiderio di un nuovo ordinamento giusprivatistico, al quale si potè corrispondere solo sopprimendo quello finora seguito. Vista in questa luce, la transizione recupera profili ampiamente positivi, credibili e plausibili. Non segnala il prevalere di forze diaboliche, non provoca oramai più una deriva inarrestabile, la rovina dell'(unica) verità. Molto meno drasticamente: fu una svolta provocata da quelle rivoluzioni politiche e sociali, che avevano decretato la fine dell'antico regime.

era destinato a corrispondervi. Stupisce in compenso l'idea, secondo la quale "die Epoche des politischen Nationalismus ist vorbei" (R. ZIMMERMANN, *Das römisch-bolländische Recht*, p. 838).

⁽⁴⁵⁾ Lo ricorda opportunamente a Coing W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht*, p. 229.

VII. *Il presente quale semplice tappa.*

Il mio dissenso nei confronti di questa nuova ‘scuola’ non è però provocato da questi problemi, che potremmo in fondo considerare — a non voler troppo inferire — semplici *querelles de cuistre* (46). Non le amo, è vero, ma nemmeno mi turbano il sonno. In compenso mi affrange la tendenza — sorprendente ed impietosa nelle sua radicalità — di gettare discredito su tutta un’epoca, solo perché si scosta dalle proprie scelte e dalle proprie attese. Di considerarla priva di dignità e valore, una voragine sinistra, un interminabile attimo di oscurità fra due lampi di luce. Potremmo anche non badarci, lasciar perdere, non drammatizzare, se a questo modo non venisse umiliato il *nostro* presente. Viviamo dunque, a detta dei nostri autori, in tempi privi di slanci e prospettive, nella sola speranza che si concludano rapidamente, per poter finalmente investire “un immenso capitale immobilizzato” (47). Tempi cupi di transizione, pare; ovvero l’infelice tappa che separa una *renaissance* dall’altra (48). Vegetiamo, dopo averne distrutta una, in attesa che si realizzi e ci redima l’altra. A questo approccio apocalittico corrisponde specularmente un’agghiacciante esortazione: urge rimuovere, tosto e radicalmente, tutti i *detriti* deposti da duecento anni di attività legislatrice nazionale. Poiché solo così potranno tornare a risplendere le perle della tradizione (49).

Due secoli inutili, dunque. Non solo: anche fallimentari, poiché hanno oscurato la luce. Me ne occupo da tempo, ma finora non me

(46) Ossia: non ho ignorato l’esortazione (insolita e problematica) di A. CAVANNA, *Storia dell’Europa e diritto*, p. 28: “È inutile perdersi in riserve ipercritiche di metodologia storica”.

(47) Debbo anche questa metafora, che è (come del resto molte altre metafore) discutibile ed illuminante, a A. CAVANNA, *Storia dell’Europa e diritto*, p. 30. Anche se va precisato, che il compianto Amico se ne servì per descrivere il destino del *Corpus iuris* in epoca carolingia.

(48) R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20. Ma va osservato che non tutti gli autori attivi nel gruppo qui discusso condividono questa visione del passato prossimo. Meno drastica ad esempio la descrizione di R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, p. 18-25; IDEM, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, p. 78-80; IDEM, *Un nouveau domaine de recherche*, p. 39 ss.

(49) R. ZIMMERMANN, “*Heard melodies are sweet*”, p. 172; IDEM, *Das römisch-holländische Recht*, 838.

n'ero accorto. Quindi la cosa mi sorprende. Se ci penso bene, al senso di quest'ultima esortazione, mi tremano i polsi. Favorisce associazioni spiacevoli, dal passato problematico, che è forse preferibile dimenticare ⁽⁵⁰⁾.

VIII. *Spavento e disincanto.*

Tento perciò di allestire un primo bilancio. *In principio erat* dunque il desiderio di taluni storici del diritto di rinunciare ad un approccio contemplativo ⁽⁵¹⁾, per dedicarsi in futuro ad attività meno contigue alla storia dell'arte ⁽⁵²⁾, ma in compenso più pratiche, quindi presumibilmente anche più utili. Prese così l'avvio una ricerca — bizzarra e discutibile fin che si vuole ⁽⁵³⁾ — che si concluse presto con una prima scoperta: il passato custodiva tesori che, debitamente riesumati e valorizzati, indicavano la strada da battere per unificare — a livello continentale — il diritto privato. Questa scoperta influì sulla ricerca, la riorientò suggerendole una nuova, chiara e soprattutto appagante destinazione. Fu, a mio avviso, la spinta fatale. Perché a partire da questo momento un'attesa inarrestabile prese il sopravvento: ordinò quali fonti era bene raccogliere, come selezionarle ed interpretarle; precisò valori e criteri, attenendosi ai quali certe situazioni erano da condannare, altre da imitare; in realtà — così facendo — anticipò l'esito finale, lo diede per scontato, poiché solo così parve possibile recuperare il consenso dei colleghi dediti esclusivamente allo studio ed all'insegnamento del diritto vigente. Solo così lo storico poteva sperare di venir 'riciclato', di essere riammesso alla mensa dei giuspositivisti. Perché dall'inizio fu ovvio, che da una siffatta esplorazione storica (se accettiamo per

⁽⁵⁰⁾ Potremmo vedervi anche solo un'improvvisa caduta di stile, spiacevole ma infine insignificante, se la cosa non avesse una sua logica e radici molto remote. Per quanto mi riguarda, l'ho commentata come a me sembrava meritasse: vedi l'intervento al congresso fiorentino del 1992, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 321 ss., 326-327.

⁽⁵¹⁾ R. SCHULZE, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, p. 92-93.

⁽⁵²⁾ Così formula R. ZIMMERMANN, "Heard melodies are sweet", p. 172 (rinviando ad un testo di Windscheid).

⁽⁵³⁾ Critica di questo atteggiamento *supra*, p. 42, 85, 92 ss., ed *infra*, p. 212, 225.

una volta di chiamarla così) ‘doveva’ inevitabilmente emergere un ‘concetto’ degno di assurgere alla dignità di modello, e di venir come tale proposto all’attenzione di chi di dovere.

Non nascondo che giudico negativamente il peso di questa ‘attesa’ (così esplicita ed impellente, ma anche così estranea all’*ethos* dell’impegno storiografico) sull’andamento della relativa ricerca. Per più motivi, che riassumo in questo modo:

a) perché ha propiziato l’elaborazione di un risultato, il cui rapporto con la realtà storica appare subito discutibile;

b) perché l’adesione — a mio avviso precipitosa — alle tesi proposte da questo esito ha provocato la marginalizzazione, spesso persino l’espunzione, di molti reperti ritenuti ‘inutili’, anche se storicamente attendibili;

c) e finalmente perché ha incoraggiato la frenesia censoria dello storico, l’ha indotto a formulare condanne preventive e globali, a screditare *d’emblée* spezzoni di vita del diritto, solo perché, osservati dall’alto e con la velocità del vento, sembrano sconfessare il ‘programma’. Certo, può essere interessante, persino avvincente, apostrofare a tal modo secoli di storia, irridarli quale semplice epoca di transizione, di oscurità fra due esplosioni di luce; e sarà indubbiamente appagante descrivere l’evoluzione giuridica quale ininterrotta sequenza di splendori e rinascimenti⁽⁵⁴⁾, umiliando a tal modo ogni approccio sincronico. Ma di che natura è finalmente questa ‘storia’, incapace com’è di accettare anche quanto non ‘quadra’, e che nega per lo stesso motivo la storicità delle epoche ‘spente’? Questa storia che apparentemente ignora che l’efficacia e la valenza del diritto vigente dipendono magari solo in minima parte dal passato, da un passato formalmente riciclato, ma anche inevitabilmente ‘altro’?

Con questo né posso né voglio impedire ai neopandettisti di sognare un futuro a immagine e somiglianza di quanto scoprono nel passato. Già perché ognuno è libero di sperarlo, il futuro, come gli conviene e di operare perché la speranza diventi realtà. Ma se vaticinando aspiriamo anche ad avvalerci delle nostre conoscenze professionali, allora mi sembra preferibile prendere le distanze da un

(54) R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20.

reperto così visibilmente mùtilo, poiché allestito ad occhi chiusi, in questo senso immaginario. Ricorda emblematicamente i *quadros imaginarios* di Nicanor Parra poiché, proprio come quelli, “representa hechos imaginarios/ocurridos en mundos imaginarios/en lugares y tiempos imaginarios”⁽⁵⁵⁾. Se poi, questo reperto, convincesse per ragioni sue proprie, ossia prescindendo dall’applauso eventualmente già tributatogli dal passato, allora davvero sarebbe opportuno proporre l’adozione. Ma, appunto, *senza* scomodare la storia.

IX. *Un modello utile?*

Resta un ultimo interrogativo, imbarazzante ma inevitabile. Quello legato all’idoneità della strategia neopandettistica a contribuire fattivamente all’unificazione del diritto privato europeo. Cosa pensarne? Mi limito a due riflessioni.

La *prima* suggerisce di adottare un profilo basso nel rispondervi. Non solo perché le nostre competenze in merito sono limitate. Ma anche perché il destino di eventuali proposte dal sapore vagamente storico sarà deciso da altre istanze e soprattutto da altri centri di potere, notoriamente poco frequentati dagli storici. La *seconda* per non nascondere il mio pessimismo. Anche prescindendo da tutte le critiche formulate fin qui, tutte rigidamente attinenti al cosiddetto foro interno, continuo a ritenere improbabile che nell’ambito dell’europeizzazione del diritto privato — le cui modalità rimangono tuttora controverse⁽⁵⁶⁾ — si faccia capo a suggestioni di natura storico-giuridica. Formulate per di più da autori certamente versati nella scienza romanistica, ma poco o punto attratti dalle interferenze sociali ed economiche e singolarmente lontani dai contributi che la filosofia, la linguistica e la sociologia possono oggi fornire al lavoro del giurista. La strada — ancora lunga — è dunque costellata

⁽⁵⁵⁾ N. PARRA, *Und Chile ist eine Wüste*, Frankfurt a.M. 1986, p. 112.

⁽⁵⁶⁾ Ai molteplici ostacoli pratici, che dovranno esser rimossi per conseguire l’adattamento, rispettivamente l’unificazione del diritto privato europeo, rendono attenti J. TAUPITZ, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen 1993, *passim*; P. ULMER, *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?*, in *(Deutsche) Juristen-Zeitung* 47, 1992, p. 1-8.

di svolte, strettoie e tranelli. Il loro numero aumenta man mano che dilaga la centralità del mercato. Sarebbe perlomeno ingenuo ritenere che in tale situazione fonti o metodi, che in qualche modo rinviano ad un passato, del quale nessuno si vergogna e che nessuno contesta, possano offrire, già per questa loro pretesa ascendenza, un valido appiglio ⁽⁵⁷⁾.

E finalmente è bene non dimenticare, che l'unità del diritto privato, alla quale aspira la Comunità europea, non è comparabile a quella istaurata dalla scienza giuridica europea fra il XII e il XVIII secolo. Sarà piuttosto funzionale al nuovo mercato e se farà appello a reminiscenze storiche, presumibilmente solo per far passare più agevolmente il messaggio, vincendo opposizioni locali o nazionali. È una vecchia malattia, questa, che ha colpito (e colpisce tuttora) periodicamente gli svizzeri, per ragioni legate alla storia del loro paese ⁽⁵⁸⁾. Ma questo fatto non ci dispensa dall'obbligo di chiamarla con il suo vero nome e, se ci disturba, di combatterla. Lo storico che ne fosse colpito ci rimetterebbe comunque le penne.

⁽⁵⁷⁾ Scettico in merito, con argomenti tuttora meritevoli di attenzione, L. RAGGI, *Scritti*, p. 53-55. Chi condivide questo scetticismo ovviamente non si meraviglia se i politici ed i giuristi quotidianamente confrontati con i problemi tecnici e politici sottesi all'unificazione reagiscono piuttosto freddamente alle 'offerte' di collaborazione loro continuamente sottoposte dai romanisti. Le evoca, senza minimamente entusiasmarsene, J. TAUPITZ, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, p. 16-17. Senza escludere che il lapsus nella citazione dell'opera di Zimmermann (*ibidem*, p. 86) ne sia la logica conseguenza!

⁽⁵⁸⁾ È noto come Eugen Huber, giustamente ricordato (e celebrato) quale 'padre' del codice civile svizzero del 1907, amasse presentare le molte novità, delle quali il suo codice era inevitabilmente costellato, quali innocue 'variazioni' di antichi istituti, da sempre conosciuti e praticati. E lo faceva con rara destrezza, per favorirne la rapida e incontestata adozione. Vedi il rinvio in P. CARONI, *Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini* 3-4, 1974-1975, p. 273-318, specialmente 314 ss.; IDEM, *Il mito svelato*, p. 400. Ma non fu il solo a scegliere questa strategia quietistica. Se è vero che già nel 1834 un giurista zurighese poteva sentenziare: "Da unsere Zeiten jeden dummen Streich entschuldigt, ja nicht selten gerechtfertigt glauben, wenn unsere Vorväter nur einen ähnlichen begangen haben, dagegen aber das Vernünftige ebenfalls weit lieber anerkennen und vollziehen, wenn es durch geschichtliche Beispiele unterstützt werden kann..." (J. SCHAUBERG, *Politische Betrachtungen über die Stiftung einer neuen Hochschule zu Zürich und den Bildungszustand der Schweiz überhaupt*, Zürich 1834, p. 86).

X. *Conclusio.*

Tempo fa Sten Gagnér affermò che Karl v. Amira aveva scritto opere voluminose su temi inesistenti ⁽⁵⁹⁾. Ignoro se volesse a tal modo criticare o lodare il grande germanista tedesco ⁽⁶⁰⁾. Ma non escludo che anche gli scritti dei nostri autori possano venir caratterizzati in questo modo. Enfatizzando, o forse volendo solo bonariamente provocare, si potrebbe riassumerne il significato affermando: quelli, dei quali mi sono occupato in questo contributo, ricostruiscono un passato immaginario per incidere su un futuro comunque incerto. Il che non è da deprecare. Non posso infatti negare di esserne sempre stato sia affascinato, che turbato. Già per questo motivo non è agevole formulare un giudizio conclusivo. Per chi ugualmente ci conta, propongo tre riflessioni.

a) Una storia giuridica, che confida con tale costanza e coerenza nell'astrazione e che tace senza scrupoli tutto quanto esiste ma non le serve, poiché scompiglia i suoi piani e sconfessa le sue

⁽⁵⁹⁾ S. GAGNÉR, *Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft*, in S. Gagnér-H. Schlosser-W. Wiegand (a cura di), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln-Wien 1975, p. 276-450, 285.

⁽⁶⁰⁾ *Post scriptum*: Sten Gagnér era un lettore assiduo ed arguto delle opere, che discepoli, colleghi ed amici — tanto desiderosi di conoscerne il giudizio, sempre schietto e profondo — gli recapitavano. Nella primavera del 1994 gli feci avere il testo di questo contributo, insieme con quello del breve intervento fiorentino e della lezione bernese sull'*altra* evidenza. Rispose, con una delle sue splendide cartoline, l'8 aprile: ringraziando, ma senza entrare nel merito. Il giorno dopo, dunque in data 9 aprile, vergò su un'altra bella cartolina quest'altro messaggio, che riproduco senza tagli, poiché solo così ravviva il ricordo di questo compianto, amatissimo Maestro. "Lieber Pio, ein P.S. zu meinen letzten Zeilen. Ich habe mich in diesen Tagen vertieft beschäftigt mit Deinen drei neuen Beiträgen zum Komplex der "anderen Evidenz", die mir aus mehreren Gründen äusserst wichtig vorkommen und zur richtigen Zeit erschienen sind. Als ich das erste Mal die "Anmerkungen zum Neo-Pandektismus" las, als ich das ZNR-Heft hier zu Hause erhielt, dachte ich nebenbei, ich solle Dir ein Wort zur Seite 99 zufügen, wenn ich noch im Kontakt mit Dir komme. Im Brief vergass ich es, tue es heute aber: dass Amira "dicke Bücher" geschrieben hat über Gegenstände, die es nie gegeben hat, war keineswegs ein "Kompliment", sondern ein Versuch, ihn als Vertreter eines Grundübels zu entlarven (vgl. auch die Bemerkungen über die Unfähigkeit Böckenfördes ...). Viel Erfolg auch weiterhin in Deinen tiefgehenden Forschungen zu dem Komplex. Dein Sten".

tesi; una storia giuridica, alla quale lo sguardo retrospettivo sfugge perciò letteralmente di mano, non può meravigliarsi se prima o poi viene accusata di manipolare le fonti e di saccheggiare il passato. L'accusa non giunge peraltro inattesa: nasce piuttosto dalla consapevolezza che l'astrazione è sempre una forma di violenza, anche quando opera silenziosamente e senza spargere sangue. Se storici del diritto seguono un tale metodo e sperano in tal modo di recuperare posizioni e rientrare nel novero dei giuristi che contano, questo è tanto strano, quanto preoccupante. Dal punto di vista di una storia giuridica meno servile, perché consapevole dell'essenzialità del messaggio che veicola, quindi di una sua evidenza *altra*, sarebbe forse preferibile vederli soccombere.

b) È ben probabile che gli studenti, se destinatari di analogo messaggio, reagiscano diversamente. La consapevolezza di avere radici non nell'aria, ma in terra, per di più recondite assai; quella di potervi attingere per progettare un futuro comune, mette le ali, infonde sicurezza e fiducia, ossia sentimenti, senza dei quali è difficile sopravvivere. Ma il prezzo sborsato per arrivarvi non è forse sproporzionato? Non è magari una follia pensare che *questo* modo di illustrare ai nostri studenti la centralità della dimensione temporale (e quindi storica) del diritto sia un contributo irrinunciabile alla loro formazione? Irrinunciabile o non piuttosto irresponsabile?

c) Ma anche prescindendo da tutto ciò, non è davvero il caso di abbassare la guardia. Già perché l'approccio scientifico qui esaminato, privilegiando unilateralmente la tradizione giusromanistica, ribadisce una prospettiva invero poco allettante: quella che lottizza allegramente il passato, quasi fosse un campo da dividere fra coeredi. Tutti i nostri sforzi di evidenziare la storicità di questo metodo, quindi di sottolinearne la transitorietà; di ricordare che l'opposizione fra romanisti e germanisti riflette situazioni tipiche del XIX secolo, oggi ampiamente superate; di denunciare perciò l'odierna arbitrarietà, l'inconcludenza, anche l'insostenibilità pedagogica di questa manovra, sono perciò destinati a restare sterili. Anch'io purtroppo, a conoscenza delle critiche che periodicamente si abbattono sulle nostre materie e che non tutte sgorgano da ignoranza o egoismo, mi chiedo perciò sempre più perplesso, sempre più preoccupato: fino a quando ci crederanno, i colleghi di facoltà, massime quelli che professano settori del diritto vigente, e

che non tutti condividono la necessità di uno scavo storico, se continueremo a ripetere che proprio solo così, lottizzando preventivamente il passato, saremo anche in grado di davvero afferrarlo?

SPIANDO IL VICINO

Sul rapporto fra la storia giuridica e le *altre* storie

“Il n’y a pas, à proprement parler, d’histoire du droit; il n’y a qu’une histoire générale, qui comprend tout, le droit, comme tout le reste, et peut-être un peu avant tout le reste”.

FUSTEL DE COULANGES, citato da R. Saleilles
nella *Revue historique* 54, 1894, p. 151

I. Un interrogativo consapevolmente unilaterale. — II. La storicità del diritto. — III. *Ubi societas, ibi ius*. — IV. La struttura antagonista della società. — V. La norma giuridica e la sua attuazione. — VI. Lo sguardo immediato. — VII. Il diritto nella concorrenza. — VIII. *Conclusio*.

I. *Un interrogativo consapevolmente unilaterale.*

Lo steccato, che mi separa dal vicino, e dietro al quale mi apposto a spiarlo (o forse — più realisticamente — ove l’ho convocato per ragionare insieme su cose che tutti ci riguardano), è in realtà quella linea immaginaria, che separa la storia del diritto dalle altre scienze storiche, ed a tal modo ne circoscrive l’autonomia. Un’autonomia che può riferirsi ovvero all’oggetto ovvero al metodo; ma che può anche estendersi sia all’uno che all’altro. Anche il tracciato di questa linea immaginaria non è predeterminato, quindi da sempre acquisito: già perché ogni storico del diritto rivendica la libertà sia di fissarlo *ad libitum*, sia di valutare l’importanza dei territori a tal modo esclusi secondo le proprie inclinazioni; nelle quali è preferibile, almeno per ora, non addentrarsi. Per farlo dovremmo infatti muoverci nelle biografie degli autori, estrapolarne dapprima i dati necessari, riferirli poi ai giudizi formulati. Tutte cose estranee all’ottica del tema proposto. In compenso dovremo chiederci, se e

quando uno sguardo *sopra* lo stecato può sembrare utile, persino si impone. Ce lo chiediamo forti di una certezza che viene quotidianamente confermata da ponti e valichi alpini: la certezza che tutto quanto separa può anche congiungere. E che dunque è allettante vedere come reagisce lo storico del diritto, quando riesce a scrutare il campo del vicino, ossia il territorio occupato dalle altre scienze storiche, *in primis* da quella generale.

L'interesse sotteso all'interrogativo è palesemente unidirezionale: nel senso che lo sguardo, del quale mi occuperò, è proprio solo quello dello storico del diritto. Perché? Come giustificare tale limitazione? Da un lato con il desiderio di evitare ogni strascico polemico. L'esperienza insegna infatti che quando storici del diritto e storici *tout court* (che per comodità chiamerò generalisti) affrontano temi e problematiche di comune interesse, molto spesso la discussione (se c'è) si conclude con accuse reciproche, rimproveri, riserve e malintesi⁽¹⁾. Capita così che la forza disciplinatrice del diritto venga palesemente sopravvalutata⁽²⁾ — il che spiega magari

(1) Lo documentano impietosamente molti autori, ad es. P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 5-19, specialmente 5-6, 16; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128; J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 23-63, specialmente 23-24; A.M. HESPANHA, *Une "Nouvelle Histoire" du droit?*, p. 319-320; G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile* (1973), ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*. Raccolta di scritti, volume II, Napoli 1984, p. 805-846, specialmente 826 ("Soltanto i filosofi e gli storici, quelli che discorrono genericamente del diritto senza averne approfondita conoscenza, credono che gli ordinamenti giuridici abbiano caratteri rigorosamente unitari ed omogenei"); D. KLIPPEL, *Rechtsgeschichte*, p. 126-127. Chi tenga conto di tutte queste testimonianze, che sarebbe facile moltiplicare, vedrà nel dialogo fra storici generalisti e storici del diritto un 'dialogo fra sordi', proprio come quello che a mente di C. FARALLI, *Il tempo dello storico e il tempo del sociologo: la polemica tra Braudel e Gurwitsch*, in M.G. Losano (a cura di), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, Milano 1997, p. 207-223, la citazione a p. 207, esiste fra storici e sociologi. Nello stesso senso M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128. Ma non vanno tacite le eccezioni: che fortunatamente ci sono e che rivalutano a tal modo il nostro tema. Vedi ad esempio come ragiona sull'utilità di un dialogo J. EIBACH, *Recht-Kultur-Diskurs. Nullum crimen sine scientia*, ZNR 23, 2001, p. 102-120, segnatamente 105-107.

(2) Lo sottolinea R. AGO nella sua *Premessa* al fascicolo *Diritti di proprietà*, in *Quaderni storici* 88, aprile 1995, p. 3-8, specialmente 5, ove si denuncia "l'inconsapevole positivismo giuridico di noi storici sociali". Ragiona analogamente anche O. BRUNNER,

le speranze (o anche solo le attese) di taluni generalisti ⁽³⁾ — oppure altrettanto palesemente sottovalutata ⁽⁴⁾, con evidente scorno degli storici del diritto, che vedono in ciò un atteggiamento dilettesco. Altre volte l'approccio storico-giuridico, forse poiché vissuto (e temuto) quale “complessità non navigabile” ⁽⁵⁾, viene deliberatamente evitato o anche solo ignorato ⁽⁶⁾, quando non schernito ⁽⁷⁾. *Rebus sic stantibus* non sorprende, che agli storici del diritto venga dai generalisti periodicamente rimproverato ⁽⁸⁾ di cadere nell'ana-

Der Historiker, p. 8, quando confessa “dass es gerade Historiker waren, die lange Zeit an in ihren älteren Handbüchern vorgetragene Lehren festhielten, obwohl sie von Rechtshistorikern bereits angezweifelt worden waren”. Analoga l'accusa di H. KRAUSE, *Der Historiker*, p. 17-26, specialmente 18, e di D. GRIMM, *Die Bedeutung des Rechts in der Gesellschaftsgeschichte. Eine Anfrage*, in P. Nolte-M. Hettling-F.-M. Kuhlemann-H.-W. Schmuhl (a cura di), *Perspektiven der Gesellschaftsgeschichte*, München 2000, p. 47-57.

⁽³⁾ Vi accenna E. FASANO GUARINI in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 285-298; H. FENSKE, *Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft*, in D. Grimm (a cura di), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, volume II, München 1976, p. 35-52.

⁽⁴⁾ Accusa i generalisti di aver elaborato un'immagine deformante del diritto, caratterizzata da “una quasi sempre sotterranea e inespressa ma precisa convinzione che il diritto non sia un atteggiarsi del sociale ma soltanto una patologia di questo” P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 12. Del resto anche A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze*, p. 21-37, parla di una “tendenza a sottovalutare gli aspetti istituzionali e giuridici di ogni questione politica e culturale” (p. 34).

⁽⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128-129. Analogamente ragiona D. KLIPPEL, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 275, quando crede di sapere che i generalisti vedono nella storia del diritto “ein vielfach exotisches und noch unermessenes Land”.

⁽⁶⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 195, nota 6; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 129; J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 25-26. Recentissimo in merito l'esempio citato da P. OESTMANN nella ZNR 25, 2003, p. 316-317.

⁽⁷⁾ Vi allude J.-F. BERGIER, *Les surprises d'un médiéviste en histoire contemporaine*, in H. Keller-W. Paravicini-W. Schieder (a cura di), *Italia et Germania*, Liber Amicorum Arnold Esch, Tübingen 2001, p. 3-10, specialmente 7: “Or, je suis surpris d'observer chez beaucoup de chercheurs en histoire contemporaine un manque d'attention, voir un certain mépris pour l'histoire des règles juridiques et leur évolution”. Osservazioni che, a distanza di una generazione, confermano i rilievi di A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze*, p. 33: “(...) ci sono molte opere recenti di storia politica e culturale dell'antichità che trascurano e perfino disprezzano il diritto”.

⁽⁸⁾ Urge in merito distinguere fra un anacronismo dei fatti (al quale non pare possibile aderire) e uno delle idee, rispettivamente dei concetti. Vedi in merito M. TROPER, *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, in *Annales. Histoire et Sciences*

cronismo ⁽⁹⁾. Personalmente non credo abbia un senso riaprire il contenzioso ed esaminare, una dopo l'altra, queste interminabili *querelles*. Lo sconsigliano anche motivi di natura metodologica, soprattutto ermeneutica. Se volessimo infatti sottoporre a dettagliata analisi l'atteggiamento abitualmente assunto dagli storici generalisti nei nostri confronti, dovremmo farlo attenendoci a quell'indiscutibile massima dell'ermeneutica moderna, la quale insegna che spesso i messaggi non vengono recapitati così come furono spediti. Logicamente i generalisti recepiscono i nostri scritti in base alla loro precomprensione, ci piaccia o no. E lo fanno in modo del tutto inconsapevole; proprio come noi 'leggiamo' i loro messaggi. Se tutto questo sta, come arrogarci la competenza di analizzare e se del caso criticare i loro atteggiamenti? Come ritenerci abilitati a ribadire vecchie accuse o a formularne di nuove?

Ne deduco allora che non solo pare lecito, ma persino raccomandabile accontentarmi di chiedere (come davvero farò), cosa mai possa svelare a me lo sguardo al dilà dello steccato. Ma prima di allungare il collo va ulteriormente circoscritto lo scopo della mia inchiesta. Per chiarire anzitutto se opero in ambito scientifico oppure didattico. Nel primo caso guardo sperando di venir stimolato nell'attività di ricerca. Nel secondo caso mosso invece dal desiderio di aggiornare l'insegnamento. La distinzione ha una grande portata pratica. Che raramente venga fatta, non dimostra il contrario. Rafforza semmai il sospetto che finora le esigenze della ricerca scientifica abbiano dominato la scena: furono formulate con maggior

sociales 47, 1992, p. 1171-1183. Si dimentica volentieri che a volte lo storico può solo ancora scegliere fra una lettura del passato conforme ai concetti elaborati dal (rispettivamente nel) suo presente, ed il silenzio.

⁽⁹⁾ J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 31, 32 ss., 37, 49; P. LANDAU, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, in M. Killias-M. Reh binder (a cura di), *Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie. Zum Verhältnis von Recht, Kriminalität und Gesellschaft in historischer Perspektive*, Berlin 1986, p. 11-28, specialmente 12; H. KRAUSE, *Der Historiker*, p. 19 ss.; H. THIEME, *Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift* 209, 1969, p. 27-36, specialmente 31 ss. O. BRUNNER, *Der Historiker*, p. 7, da parte sua invita a riflettere sull'antinomia "die uns in allen Sparten der historischen Wissenschaft begegnet. Nur der Bezug zur Gegenwart schafft echte Historie, die lebendiges Interesse erweckt. Aber der Bezug zur Gegenwart führt nicht selten zur Übertragung von Kategorien der jeweiligen Gegenwart auf die Vergangenheit, die dieser nicht gemäss sind".

incisività e consapevolezza di quelle legate all'attività pedagogica e trovarono perciò miglior accoglienza ⁽¹⁰⁾. Già perché a lungo gli storici del diritto furono convinti che i risultati delle loro ricerche fossero automaticamente anche lo strumento didattico ideale. E molti purtroppo lo sono tuttora. Il che, è il caso di dirlo, grida vendetta in cielo. Per tacere del fatto che un tale egocentrismo si scontra frontalmente con la massima ermeneutica appena ricordata ⁽¹¹⁾. Tutto ciò, massime l'esigenza di recuperare un ritardo più che evidente, spiega perché l'interrogativo che campeggia in questo contributo venga posto in una prospettiva pedagogica. E ancora più concretamente nell'ambito di un insegnamento accademico, i cui destinatari non sono né futuri storici, né futuri politologi, ma esclusivamente futuri giuristi ⁽¹²⁾. Per cui, fatte oramai tutte le distinzioni e le riserve del caso, il nostro tema può essere circoscritto così: cosa induce uno storico del diritto, che svolge un'attività pedagogica accanto a colleghi dediti a illustrare esclusivamente diritto positivo, e che in tale veste aspira a preparare i suoi studenti ad un esercizio coscienzioso e responsabile della professione ⁽¹³⁾,

⁽¹⁰⁾ Sulla sottovalutazione della funzione didattica M. SBRICCOLI in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 117-133, specialmente 117, 122-123; P. CARONI in *ibidem*, p. 323-324.

⁽¹¹⁾ P. CARONI in *ibidem*, p. 323 ss.

⁽¹²⁾ Sia la precomprensione che le prospettive professionali di chi studia diritto in una facoltà di giurisprudenza divergono sostanzialmente da quelle di chi studia storia in una facoltà di lettere o di magistero. L'insegnamento della storia giuridica deve opportunamente tenerne conto. Al futuro storico mostrerà perciò il posto concreto rivendicato ed occupato dal diritto nelle società del passato. Al futuro giurista ricorderà invece perché è non solo raccomandabile, ma inevitabile ragionare sulla storicità del diritto vigente. Non credo perciò — diversamente da quanto ritiene M. BELLOMO in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 33-34 — che lo stesso 'manuale' possa corrispondere ad attese tanto disparate. Ma posso in compenso capire perché l'idea di dislocare l'insegnamento della storia del diritto, assegnandolo esclusivamente alle facoltà di lettere o magistero, che fu minacciosamente ventilata in Germania negli anni '60 del secolo scorso, provocasse violente reazioni da parte degli storici finora attivi nelle facoltà di giurisprudenza. Vedi ad es. H. THIEME, *Der Historiker*, p. 30; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 421. Ai contenuti dell'insegnamento da proporre nelle facoltà di lettere e di magistero si riferiscono molti interventi al colloquio fiorentino del 1992, vedi P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 234-235, 269 ss., 285-286, 299-300.

⁽¹³⁾ Uso queste espressioni misurate ma univoche per ricordare che lo scopo

cosa lo spinge a prestare attenzione a quanto scrivono o come ragionano i colleghi di altre discipline storiche? Quale utile trarre dalla contiguità e dalla libertà di accesso ai loro laboratori?

II. *La storicità del diritto.*

Per rispondervi è opportuno partire da lontano, ossia da quella tesi, che fissa nella seconda metà del secolo scorso l'irruzione del tempo nella coscienza giuridica ⁽¹⁴⁾. Non allude tanto ad un vago rapporto fra tempo e diritto, che ognuno intuisce già sulla scorta della propria esperienza personale; quanto all'idea che la dimensione temporale *strutturi* il diritto, gli sia perciò *inerente*. Una scoperta, se si vuole, la cui portata potrebbe essere riassunta così:

mentre in passato i giuristi percepivano il tempo solo diacronicamente, lo vedevano dunque all'opera quando il suo scorrere, passare, volare, stringere modificava, corrompeva, persino cancellava diritto vigente (rendendo a tal modo necessario l'intervento del legislatore, del giudice, del sapiente, per ristabilire il vecchio o legittimare il nuovo diritto) ⁽¹⁵⁾, oggi si insiste piuttosto sulla dimen-

ultimo dell'attività del giurista resta pur sempre la realizzazione della giustizia materiale fra gli uomini. L'hanno salutarmente ribadito, al colloquio del 1992, tre maestri ed amici, tutti purtroppo scomparsi: vedi in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 17, 44-45, 120. Guardano nella stessa direzione G. DILCHER, *Überlegungen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaften*, in G. Dilcher-N. Horn (a cura di), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, IV, *Rechtsgeschichte*, München 1978, p. 3-11, specialmente 9-10; R. SCHRÖDER, *Juristische Zeitgeschichte: zur Konzeption von Lehre und Forschung eines neu einzurichtenden Lehrstuhles*, in M. Stolleis (a cura di), *Juristische Zeitgeschichte — Ein neues Fach?*, Baden-Baden 1993, p. 43-51, specialmente 48.

⁽¹⁴⁾ Fondamentale R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, *passim*, specialmente 8-9, 15; D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 401-403; D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 32 ss.; come anche *supra*, p. 71 ss.

⁽¹⁵⁾ È la prospettiva magistralmente approfondita da M. BRETONE, *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, 2006, p. 285-304, specialmente 285-293, e privilegiata anche nell'opera di F. OST, *Le temps du droit*, Paris 1999. Ragiona infatti preferibilmente su situazioni, nelle quali il giurista *passa* o *corre*, come passa o corre il tempo; oppure *lotta* contro il tempo, che gli sfugge. Nei due casi affronta il tempo, ne dispone, reagisce a cambiamenti non casualmente successi nel, ma *provocati* dal corso del tempo. Prospettiva presente anche

sione ontologica della temporalità, che opera e si manifesta anche in mancanza di un *decorso*, ossia già nell'immobilità dell'istante che (appunto) non passa (mai). A cui corrisponde logicamente uno sguardo sincronico.

Dedurne che il diritto *non ha* una storia, perché è storia, pare perciò logico e corretto. La storia non è l'incursione di un modo *altro* nella vita, in sé già perfetta, del diritto. Non è nemmeno un'aggiunta ornamentale, un fiocco civettuolo. La storia è la vita, la struttura del diritto. Senza storia, ossia privo di quanto essa implica, della temporalità, il diritto non è incompleto, ossia più debole o meno convincente. Semplicemente non c'è, non esiste, non è pensabile ⁽¹⁶⁾, quindi nemmeno visibile. Un indimenticato Maestro, quale davvero fu Riccardo Orestano, ha celebrato come nessun altro l'importanza di questa scoperta moderna ⁽¹⁷⁾, ne ha fatto il criterio-guida della sua impareggiabile *Introduzione allo studio del diritto romano* ⁽¹⁸⁾.

Magari c'è chi ritiene esagerato insistere, come oggi si fa, su questi temi. Se ne parla molto, è vero, ma non per questo la percezione della storicità è diventata pratica corrente. Quello che oggi si ammette più facilmente di ieri è un non meglio precisato, quindi tendenzialmente vago, valore euristico della storia per il diritto moderno ⁽¹⁹⁾; oppure l'utilità di consultare quanto ci sta alle spalle, per capire le ragioni sottese al diritto attuale ⁽²⁰⁾. È quasi diventata una moda affermare, che lo studio del diritto vigente è concepibile solo rispettandone le coordinate storiche. Una moda,

in A. CABANIS, *L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil*, in *Mélanges offerts a P. Hebraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse 1981, p. 171-183.

⁽¹⁶⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, *passim*, ad es. p. 177, 197, 209.

⁽¹⁷⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, *passim*, ad es. p. 11, 175, 567.

⁽¹⁸⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 14, 177. Ragione per cui l'intelligenza della storicità del diritto poté diventare "il problema dei problemi" (*ibidem*, p. 175, 185).

⁽¹⁹⁾ R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 315, nota 382.

⁽²⁰⁾ "Wir blicken zurück, um zu begreifen, wie und warum sich das Recht so entwickelt hat, wie wir es heute vorfinden": R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 312. Come del resto aveva già sentenziato settant'anni fa da Harvard Gaetano Salvemini: "direttamente o indirettamente ogni ricerca storica mira a risolvere il problema fondamentale di sapere in quale modo una data situazione *presente* è arrivata ad essere qual è" (v. l'intervento di R. AJELLO al colloquio fiorentino del 1992, in P. Grossi [a cura di], *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 61 ss., la citazione 71-72).

alla quale cedono persino i neopandettisti ⁽²¹⁾, provandone talvolta qualche comprensibile imbarazzo ⁽²²⁾.

Ma la storicità, così come l'aveva intuita e descritta Orestano; quella che era diventata la pietra d'angolo della sua ricerca, ha poco in comune con questa appunto vaga ed equivoca esortazione del passato. Esprime piuttosto l'intima ed insopprimibile *dipendenza* del diritto, di quello storico come di quello vigente, dalle coordinate temporali ⁽²³⁾. E mostra che solo tenendone conto si può capirlo, solo tenendone conto si può insegnarlo ⁽²⁴⁾. E ancora più concretamente: la storicità esprime la dipendenza del diritto dal suo contesto naturale ⁽²⁵⁾ che è, come vedremo, quello sociale ⁽²⁶⁾. Dà dunque per scontato che anche il diritto vigente sia condizionato dai rapporti politici, culturali, religiosi, economici, morali tipici di quella società dalla quale fu sancito e nella quale ora opera. Una società che dunque a suo modo li rispecchia. E ne deduce, rispettivamente

⁽²¹⁾ Forse perché permette loro di ribadire la validità della concezione storica della scienza giuridica (così come Savigny l'aveva da ultimo elaborata nel *System des heutigen römischen Rechts*, volume I, Berlin 1840, p. XIV ss.) anche rispetto a codici regolarmente sanzionati e vigenti. Vedi ad es. R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, *passim*, specialmente p. 249-251, 259, 311-312.

⁽²²⁾ Fatto questo che non sfugge a J. RÜCKERT, *Juristische Zeitgeschichte*, in M. Stolleis (a cura di), *Juristische Zeitgeschichte*, p. 23-33, specialmente 27.

⁽²³⁾ Fra gli autori tedeschi, Dietelm Klippel ha insistito più di altri, con grande determinazione e costanza, su questi temi. Vedi ad esempio *Rechtsgeschichte*, p. 133-134; *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 278-279; *Entstehung und heutige Aufgaben der "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit"*, in G. Köbler (a cura di), *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. Festschrift für Karl Kröschell, Frankfurt a.M. 1987, 145-167, specialmente 162-163, 165-166; *Ideen-Normen-Lebenswelt. Exegese und Kontexterschliessung in der Rechtsgeschichte*, in *Scientia poetica. Jahrbuch für Geschichte der Literatur und der Wissenschaften* 4, 2000, S. 179-191, specialmente 184 ss., 189-190. Originale anche l'approccio di D. WYDUCKEL, *Schnittstelle von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, p. 128-132.

⁽²⁴⁾ Riflette specularmente questa certezza il fatto che l'ultima edizione della già celebre *Introduzione* di Orestano abbia rinunciato all'aggettivo "storico", che scandiva ancora il titolo delle prime due (*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 1953, 1961). Lo rivela l'autore stesso, *Introduzione*, p. 1, 176, 355, 361, 509. Sul ragionamento svolto nel testo *ibidem*, p. 343 ss., 511.

⁽²⁵⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, *passim*, segnatamente p. 199, 201, etc.

⁽²⁶⁾ Orestano parla in merito di un vero e proprio 'condizionamento' e della necessità di tenerne conto ragionando sulle singole situazioni (*Introduzione*, p. 337, 452, 453, 455).

accetta, che, modificandosi questo contesto, cambieranno (tanto o poco, questo non è il problema) l'intensità dell'adesione dei destinatari, la loro ricettività, come anche l'interpretazione, persino la portata concreta di singole norme (27). Così concepita la storicità denuncia i limiti di ogni ricerca storica che irrida alle coordinate spaziotemporali, poiché avida solo di esiti generali ed astratti (28). E se condanna il positivismo, lo fa perché questo si rifiuta di vedere e di riconoscere l'incidenza dei citati fattori extragiuridici non solo sull'interpretazione, ma anche sulla 'semplice' applicazione del diritto (29). Appare perciò plausibile scorgere in questa concezione della storicità la compensazione di una perdita. Di quella perdita culturale, che la codificazione del diritto indiscutibilmente provocò. Tracciando d'autorità il perimetro del diritto vigente, rideclinandolo *per exclusionem*, incitò infatti a vivere voltando le spalle al passato (30). Questa storicità non va perciò frettolosamente confusa con una semplice infarinatura culturale. Non è infatuata di parole e mode. Ma è la strada da percorrere per aspirare alla *cognitio veritatis*. Né più, né meno.

Tentiamo allora di riassumere. C'è una sola ragione che impone a chi insegna di insistere sulla consapevolezza del condizionamento spaziotemporale del diritto. Occorre farlo non *decorandi vel colorandi causa*, ma perché solo così si potrà accertare, quale diritto davvero 'vige'. Chi vi si attiene non rende un servizio solo 'utile', come capita purtroppo di leggere. Nemmeno agisce quale servizie-

(27) Vi si riconnette la dimensione dinamica del principio della storicità, alla quale si è già accennato: R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 242-243, 263, 452-453. Meritano perciò particolare attenzione proprio quelle trasformazioni dell'ordinamento giuridico che si svolgono mentre ne scriviamo, come ad esempio l'internazionalizzazione del diritto e lo sgretolamento del sistema delle fonti istituito *jadis* dallo stato borghese, meglio noto quale 'decodificazione' del diritto privato. Attira opportunamente l'attenzione su questi aspetti M. FIORAVANTI in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 143-149.

(28) R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 450, 568-569.

(29) Insiste su questo aspetto R. BAUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 14-15, 26, 43.

(30) P. CARONI, *Saggi*, p. 39-44; IDEM, *La storia della codificazione e quella del codice*, p. 66 ss.; IDEM, *Il codice rinviato*, p. 272 ss.; IDEM, *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 42 ss.

vole domestico ⁽³¹⁾. Perché la storia, ossia la disciplina, alla quale questa mansione indelegabile purtroppo fu delegata ⁽³²⁾, *non* agguinge nulla, *non* completa nulla, men che meno ci rende saggi. Se corrisponde a quanto si è ricordato finora, ha una finalità sua propria, quindi *autonoma*: indica la procedura, alla quale ogni giurista dovrà attenersi, per capire come nasca ed operi il diritto in una società. Non è una fra molte, ma *la sola* strada da battere. Va dunque imboccata. Che ci piaccia o meno.

È dunque un'ipoteca, un obbligo del genere? Non mi sentirei di affermarlo ⁽³³⁾. Ma è chiaro che 'condiziona' chi intenda onorarlo. Dovrà attenersi a qualche indicazione concreta, muoversi in sequela a talune direttive. Le riterranno scomode restrizioni della propria libertà di movimento, e quindi se ne lamenteranno, solo quegli storici, che hanno finora evitato di misurarsi con esigenze di natura didattica e che sono rimasti sordi ai relativi appelli. Dovranno anche loro, prima o poi, allinearsi, fare buon viso ad un'eventuale critica dei loro programmi, adoperarsi per rendere più incisivo il loro insegnamento. Non è perciò da escludere un rimescolamento degli argomenti, persino la rinuncia a proporre e sviluppare temi cari al docente e oggetto preferito delle sue ricerche, se risultano poco adatti ad illustrare la storicità del diritto vigente.

Quali saranno allora le epoche e gli argomenti didatticamente indicati? E come svolgerli? Penso ci si debba accontentare di ragionamenti molto pratici ⁽³⁴⁾, capaci di attirare l'attenzione dei futuri giuristi sulla struttura temporale *anche* del diritto moderno ⁽³⁵⁾, di convincerli che essa interferirà *comunque* nella loro attività quotidiana, e quindi di prepararli a gestire con serenità questa presenza. Per arrivare a tanto il programma dovrebbe

a) rispettare lo scontato desiderio dei destinatari di muoversi

⁽³¹⁾ V. *supra*, p. 58-61, 85-86, 110.

⁽³²⁾ Lo ribadisce, convincendo, M. SBRICCOLI nei *Quaderni fiorentini* 2, 1973, p. 765.

⁽³³⁾ Nello stesso senso F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 421.

⁽³⁴⁾ Idea cara a T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, p. 591-600, specialmente 592-593.

⁽³⁵⁾ K. KRÖSCHELL, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, p. 25.

nell'ambito dell'attualità ⁽³⁶⁾. Se l'epoca scelta dovesse per caso sfociare nel presente, tanto di guadagnato ⁽³⁷⁾;

b) privilegiare l'uniformità e la compattezza dell'esperienza giuridica, in tutte le sue componenti ⁽³⁸⁾, a scapito magari della trattazione di episodi settoriali o di tradizioni separate, frutto di distinzioni oramai accantonate, perché desuete, quindi incomprensibili ⁽³⁹⁾. Il che dovrebbe favorire sia la credibilità del messaggio, che la semplificazione della materia da esporre;

c) non accontentarsi di alludere sporadicamente, *en passant*, alla necessità di collegare l'evoluzione giuridica al suo contesto extragiuridico, ma porre la storicità, così com'è stata descritta, al centro dell'insegnamento. Considerarla in realtà la premessa del programma. Di un programma, che dovrà perciò far posto a tutte le problematiche marcate da questa dipendenza. Ad esempio alla storia di quelle regole, che emergono dapprima dal magma extragiuridico, si rivestono poi di giuridicità per tornare ad immergersi, letteralmente risucchiate dalla conflittualità sociale che lo caratterizza; vivono continuamente in bilico fra due mondi e sono marcate dalla

⁽³⁶⁾ Condivisibile l'apprezzamento di D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 399-400; C. DIPPER, *Sozialgeschichte und Verfassungsgeschichte. Zur europäischen Verfassungsgeschichte aus der Sicht der Geschichtswissenschaft*, in R. Schulze (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, p. 173-198, specialmente 173; M. VILLEY, *Auguste Comte et l'histoire du droit*, in *Méthode sociologique et droit*. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg, 26-28 novembre 1956, Paris 1958, p. 135-147, specialmente 145: "Dans une faculté de droit, on attend surtout de l'historien qu'il éclaire le droit *présent*, pour autant que celui-ci résulte d'une tradition ou d'une évolution anciennes; nous lui demandons de *choisir* dans le passé ce qui se *lie* à la vie présente". Stesso concetto anche in M. VILLEY, *Ce que l'histoire du droit doit à Comte*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*. Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris 1959, p. 497-502, segnatamente la citazione a p. 499.

⁽³⁷⁾ Dissentono ovviamente gli autori che (come ad esempio M. BELLOMO in P. Grossi [a cura di], *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 28, 31) privilegiano l'epoca del diritto comune, ma si vedono poi quasi costretti a rinnegare (o almeno a mettere in dubbio) il carattere innovatore dei codici giusprivatistici.

⁽³⁸⁾ Chiarisce il concetto di 'esperienza giuridica' R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 16 nota 3, 18, 353 ss.

⁽³⁹⁾ Vedi in merito ad esempio K. KRÖSCHELL, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, p. 25; D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, in A. Görlitz (a cura di), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Reinbeck bei Hamburg 1974, volume II, p. 314-318; P. CARONI, *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?*, in *Saggi*, p. 165-199, particolarmente 191-199.

dialettica che li contrappone ⁽⁴⁰⁾. Detto diversamente: auspicabile è una storia giuridica disposta ad insediarsi durevolmente nell'entroterra *sociale* del diritto, senza per questo rinunciare al suo specifico, inconfondibile profilo.

III. *Ubi societas, ibi ius.*

Questo programma, che è molto ambizioso, sarebbe irrealizzabile, se non potessimo mettere a frutto tutto quanto ci offrono ed insegnano le altre discipline storiche. Sono loro infatti che, connettendosi ed intrecciandosi, si inarcano, illuminano quel contesto extragiuridico, al quale il diritto preferibilmente rinvia. Non solo per ottenerne ragguagli da fare rifluire nell'interpretazione, ma anche per conoscere l'estensione del proprio territorio. Perché il confine che lo separa dai campi contigui non si traccia una volta per tutte in base a direttive astratte, ma risulta dall'incontro di tutte le forze, che nel sociale confluiscono, rispettivamente su di esso premono. Tutte insieme formano perciò l'*entourage* naturale della società: di tutta la società, come di singoli settori, che spesso se ne staccano, rincorrono altre combinazioni, poi rientrano e si riaggregano, spinti sempre da dinamiche, che i sociologi conoscono e descrivono con dovizia di particolari. Il rapporto diritto-società si snoda così su tre piani diversi:

a) Anzitutto il diritto emerge nella società, ha quindi sempre un'origine umana, sia esso *consuetudo*, legge, sentenza o dottrina ⁽⁴¹⁾. Grazie alla sua storicità resiste facilmente a tutti i tentativi di spiegarne l'origine facendo capo ad un ragionamento teocratico, giusnaturalistico, razionalistico oppure positivisticò ⁽⁴²⁾.

b) Secondariamente il diritto tende per sua natura a disciplinare la società. E lo fa, come vedremo, concorrendo con altre strategie. Provvede a tale servizio ovvero secondo le intenzioni del

⁽⁴⁰⁾ Dialettica fra diritto e realtà sociale, la cui portata viene opportunamente precisata da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 28-29.

⁽⁴¹⁾ Sulla relativa sentenza del Piacentino ("author iuris est homo, iustitiae Deus") vedi F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 190 *et passim*; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 189.

⁽⁴²⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 190, 567.

legislatore ovvero piegandosi a quella più o meno prevedibile logica che risulta dall'antagonismo sociale. Se dunque è vero che il diritto preme sulla società, è altrettanto vero che ne viene spesso condizionato ed anche modificato. Solo tenendo conto di questo movimento pendolare, rispettivamente di questa interazione, sarà possibile circoscrivere credibilmente l'ambito del diritto vigente. Mostrare in particolare quali regole gli appartengano e quale esito concreto provochi la loro applicazione (43).

c) Quando nuove esigenze sociali o una nuova concentrazione del potere entrano in conflitto con il diritto vigente, poiché non tiene sufficientemente conto delle loro (più o meno giustificate) attese, l'importanza di questo interagire si coglie nitidamente. Il desiderio di conseguire un nuovo diritto, più conforme a queste attese, infatti si irrobustisce, viene prima o poi realizzato. L'aggiornamento che ne seguirà conferma che l'universo giuridico non è una massa informe ed immobile; e che la sua storicità — vista qui nella sua dimensione dinamica — non è che il riflesso di quel moto pendolare (44).

Quanto possano insegnare queste situazioni, tutte a loro modo tipiche, è facilmente intuibile: diritto e società si compenetrano, non per libera scelta, ma necessariamente. Si condizionano a vicenda, proprio come l'aria e la fiamma, nell'algida asserzione di Pascal: "La flamme ne subsiste point sans l'air; donc, pour connaître l'un, il faut connaître l'autre" (45). Il diritto vive nella realtà sociale, ne è letteralmente avvolto e l'avvolge a sua volta con un reticolo normativo (46). Corrispondervi disciplinandola è il suo unico scopo (47). Se c'è, è per questo. Estinguendosi o comunque venendo a mancare questo scopo, diventa impensabile, è inesistente. L'autarchia, come

(43) Così ad esempio R. ROMANELLI in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 299-318, segnatamente 308-309.

(44) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 27-28, come anche *supra*, p. 71-71, 125, nonché *infra*, p. 200, 230.

(45) B. PASCAL, *Pensées*, in *Oeuvres complètes*. Texte établi et annoté par Jacques Chevalier, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1969, p. 1110.

(46) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 25-31; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 199, 358 *et passim*; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2. edizione, Firenze 1946, p. 25 ss.

(47) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 26.

si vede, non è la sua vocazione, almeno in questo senso è corretto ritenere che non abbia una vita propria, autonoma (48). Per cui non ha nemmeno una sua storia, distinta da quella della società. Ma ne ha una, che rinvia inevitabilmente a quella sociale (49).

Chi dunque vede nella storia giuridica un riflesso necessario di quella della società (50), non sarà attratto da tutte quelle ricerche storiche che furono elaborate senza tener conto della “liaison entre les phénomènes, entre la production du droit et son environnement social, entre le présent et le passé” (51). Appaiono, proprio per questo fatto, cose immaginarie, artificiali. Quindi anche costrutti idealistici (52), che sarebbe poco raccomandabile far confluire nell’insegnamento.

Riassumendo: più si ragiona sulle altre discipline storiche, su quanto descrivono e sui nessi che svelano, più ci si convince della necessità di farvi ricorso non solo occasionalmente, ma sistematica-

(48) D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 409 ss., 413 ss.

(49) Letteralmente: “Es (*i.e.* das Recht) hat nicht eine eigene Geschichte neben der Geschichte der Gesellschaft, sondern es hat seine Geschichte nur *in* und *mit* der Geschichte der Gesamtgesellschaft” (E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 30).

(50) Sul punto il consenso è scontato, anche se non sempre privo di riserve. Lo documentano, fra molte altre, anche le prese di posizione di M. BRETONE, *Diritto e tempo*, *passim*, specialmente p. 155-170, 171-192; C. FARALLI, *Il tempo dello storico e il tempo del sociologo*, p. 210; F. BELVISI, *Helmut Schelsky e la sociologia come “storiografia sociale del presente”*, in M.G. Losano (a cura di), *Storia contemporanea del diritto*, p. 225-265, specialmente 229; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128; IDEM in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 125-127; P. SCHIERA in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 265; P. LANDAU, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, p. 24; G. DILCHER, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 391; D. KLIPPEL, *Entstehung und heutige Aufgaben*, p. 165; IDEM, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 279 nota 61; M. SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich 1982, p. 153 ss.; J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 450; J.-L. HALPÉRIN, *L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?*, in *Revue d'Histoire des Sciences humaines* 4, 2000, p. 9-32, specialmente 29. Notevolissimi gli esempi concreti citati da A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze*, p. 23.

(51) Così M. VILLEY, *Auguste Comte*, p. 145.

(52) Atteggiamento opportunamente smascherato da J. DEWEY, *Experience and Nature*, Chicago 1925, alla cui rampogna ha dato giustamente largo spazio R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, p. 127 ss., 279.

mente ⁽⁵³⁾. Una storia giuridica professata con questa consapevolezza, e quindi attenta ai molti messaggi che le arrivano dall'orto del vicino, si inserisce idealmente nel curriculum predisposto alla formazione dei giuristi. Per quale motivo? Perché né tace, né nasconde, ma piuttosto svela e discute tutti quei collegamenti fra le situazioni giuridiche e la realtà sociale, ignorando i quali è difficile, se non impossibile, descrivere il compito davvero assolto dal diritto in una società storica, e quindi anche accertare la reale valenza delle regole giuridiche ⁽⁵⁴⁾. È dunque probabile che chi accede all'universo del diritto vigente dopo aver seguito un tale itinerario, resti tuttavia sensibile anche al ruolo compensatorio, che il diritto è talora chiamato a svolgere sullo sfondo degli antagonismi sociali ⁽⁵⁵⁾.

Il programma così delineato, come anche le opzioni pedagogiche e giuspolitiche alle quali si ispira, non è né nuovo né originale. Da circa trent'anni viene periodicamente proposto, con argomenti di volta in volta diversificati ⁽⁵⁶⁾. Qualcuno magari se n'è convinto, vi ha aderito. Ma si scontra tuttora con lo scetticismo della corporazione ⁽⁵⁷⁾. Forse perché, proponendolo, furono preferite formula-

⁽⁵³⁾ Forse ciò spiega perché proprio allo storico del diritto le Facoltà di Giurisprudenza amano delegare il compito di intrattenere rapporti non solo diplomaticamente corretti, ma anche scientificamente stimolanti con le cosiddette discipline contigue, massime con la sociologia (generale o giuridica). Vedi in merito R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 301 ss., 442; IDEM, "Diritto". *Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 159-191; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 132; H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique*, p. 121-133. Nella premessa a questa raccolta di contributi, vergata da M. VILLEY, si afferma che gli storici del diritto sono "les plus sociologues des juristes, car ils ne manquent plus de relier les lois à leurs causes, aux mentalités archaïques, aux croyances théologiques, aux systèmes d'éducation, aux structures sociales ou poursuivent jusque dans les faits la fortune des lois" (p. 7).

⁽⁵⁴⁾ Notevoli riflessioni in merito di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 138, 142.

⁽⁵⁵⁾ Accennano all'arricchimento che ne viene al giurista P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, p. 200, 220 ss.; IDEM, *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. VII, 16; G. DILCHER, *Überlegungen*, p. 4 ss.; B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 525.

⁽⁵⁶⁾ Vedi ad es. D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, p. 315, 317.

⁽⁵⁷⁾ Ne ragiona E. PICKER, *Von Traumen und Träumen der Rechtsgeschichte(D)e(r). Zur Krise, Paralyse und Katharsis einer gebeutelten Wissenschaft*, in D. Klippel-H.-J. Becker-R. Zimmermann (a cura di), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, p. 137-151, segnatamente 146-151.

zioni provocatrici ed astratte, che preludevano a declamazioni troppo velleitarie e 'fredde': dalle quali nessuno si sentì realmente coinvolto, men che meno turbato. Forse è meglio affidarsi a un'altra strategia. Sceglierne una più vicina alle cose concrete, al senso comune, a situazioni che tutti, già per esperienza personale, conoscono. E mostrare come proprio in questi casi una storia giuridica arricchita dal contatto con le storie sorelle sia in grado di propiziare 'letture' più convincenti. Voglio tentarlo anch'io, ragionando ora su quattro situazioni concrete.

IV. *La struttura antagonista della società.*

La prima ci induce a riflettere sulla struttura (interna) di quella società, nella quale — come si diceva — il diritto nel corso del tempo emerge, si afferma e si estingue, perché oramai privo di scopo, sostituito da nuovo diritto o sopraffatto da una strategia disciplinatrice concorrente. È attraversata quotidianamente da tensioni politiche, economiche, culturali; ed è spesso traumatizzata dagli scontri che ne derivano. Tutte cose, queste, alle quali scopertamente si allude, quando una tale società viene ritenuta antagonista.

Se le considerazioni già svolte sul rapporto che lega il diritto alla società vengono condivise, è scontato ammettere che l'antagonismo si rifletta anche nel diritto di questa società. Il quale ci appare allora quale accomodamento dettato dall'antagonismo; un accomodamento che di regola la dice lunga sia sulle forze in campo, che sulla posta in palio. Dal che risulta che raramente quello così formulato e sanzionato è anche diritto di tutti, perché neutrale ed equidistante. È certamente più vicino alle aspirazioni di chi vince, che di chi lascia il campo sconfitto⁽⁵⁸⁾. In epoche più risalenti questa parzialità del diritto era manifesta e percepibile; già perché allora il diritto chiamava disuguaglianze e scarti con il loro nome, non se ne vergognava, ma nemmeno li sfruttava di nascosto. Vi si riferiva piuttosto esplicitamente, come documentano ad esempio le regole del diritto

(58) L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, p. 7, 9, 39 *et passim*; P. CARONI, *Il codice rinviato*, p. 303-305 *et passim* come anche *supra*, p. 82.

feudale (59). Il diritto borghese, come si sa, ha preferito nascondersi. Ma non può impedire al fiuto dello storico di stanarli e di avvalersene nel suo lavoro.

Quanto poi all'effettiva disponibilità dello storico così interpellato di scavare dietro alla facciata — apparentemente 'innocente' — del diritto borghese; e poi di valorizzarne le scoperte, il giudizio non è facile. Ricorrono infatti situazioni, che consigliano prudenza. Penso all'intatta vitalità di preferenze ed abitudini che impediscono allo storico di rendersi conto del contesto sociale, altre volte quasi glie lo vietano; ma in compenso rafforzano l'autonomia della disciplina e delle visioni che suggerisce. Cito ad esempio la passione con la quale lo storico del diritto (a differenza di altri storici) (60) indaga ostinatamente sul *problema delle origini* e poi dell'evoluzione ininterrotta, indisturbata, e quindi armonica di singoli diritti, dottrine, istituti; e lo fa con esuberanza tutta diacronica, quindi deducendone regolarmente sempre nuove continuità. Atteggiamento in sé tutt'altro che esecrabile, già perché ogni continuità, vera o presunta che sia, conforta, ossia soddisfa quel bisogno di certezza, che ognuno di noi prova (61). Ma tutto cambia, se per scoprirle e farle risplendere, queste benedette continuità, si introducono distinzioni più che discutibili, persino odiose (quella fra perle e detriti non è l'unica, ma ha una lunga tradizione (62) ed è attualmente in voga (63)), mano-

(59) P. CARONI, *Saggi*, p. 25 ss., 139 ss., *et supra*, p. 80, 82.

(60) Chiarisce egregiamente gli atteggiamenti qui contrapposti C. VIOLANTE, *Storia e dimensione giuridica*, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 65-125, specialmente 122; A.M. HESPANHA, *Une "Nouvelle histoire" du droit?*, p. 318-319. Non è escluso che la sopravvalutazione del momento normativo — della quale si dirà fra poco — abbia ulteriormente rafforzato l'interesse dello storico del diritto per il problema delle origini.

(61) *Supra*, p. 87-88.

(62) Quando lo storico del diritto (ma in fondo anche il generalista) esplora il passato alla ricerca di conferme (quindi sperando di imbattersi in pionieri e di scoprire prefigurazioni, anticipazioni o modelli) e si scontra invece con reperti che non rientrano nei suoi piani, perché ovvero corrispondono ad altre attese, ovvero sembrano non aver nessun senso, *inevitabilmente* — non tenendone conto — li *squalifica*. Il meccanismo così descritto non è una peculiarità delle ricerche romanistiche. Ma è vero che proprio i romanisti vi ricorrono volentieri per far maggiormente risplendere le perle del diritto classico, secondo l'esempio statuito in merito da Savigny. Così ad esempio T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, p. 584; C. APPLETON, *Observations sur la méthode dans l'ensei-*

mettendo in tal modo le fonti. Se poi vengono contemporaneamente taciuti o svalutati tutti quei dati, che invece documentano le cesure ed i cambiamenti, le cose si mettono decisamente male e ne soffre irrimediabilmente la credibilità del racconto ⁽⁶⁴⁾.

Un altro esempio, non meno eloquente, lo offre l'intatto favore concesso all'idea delle *storie parallele*, alle quali corrisponderebbero altrettante (sotto)società, non necessariamente poste sullo stesso piano, ma tutte ugualmente autonome. A ben vedere è una conseguenza quasi inevitabile dell'estrapolazione — più o meno arbitraria — di singoli dati della tradizione, cioè di fattori, elementi o segmenti. Liberati dalla rete, dalla quale erano tutti finora avvolti, vengono poi scrupolosamente disposti su linee parallele, a rappresentare un'evoluzione ininterrotta ed indisturbata, quindi sostanzialmente *incontaminata*, dato che linee parallele possono magari correre molto vicine, ma mai confluire. Lo sguardo sincronico coglie in esse aspetti parziali ed autonomi di una stessa, complessa realtà sociale. Gli esempi concreti non mancano, presidiano snodi fondamentali della ricerca, nel segno di accostamenti più o meno convincenti: si pensi al rigido dualismo (savigniano, ma non solo) di *ius commune* e *ius proprium* ⁽⁶⁵⁾, alla compresenza di tradizioni distinte (romanistiche, germanistiche, canonistiche, giusnaturalistiche) nei

gnement du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889, in *Revue internationale de l'enseignement* 11, 1891, p. 235-278, specialmente 252, 261, 264, 265, 270; G. ASTUTI, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati unitari successori* (1969), in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*. Raccolta di scritti, volume II, Napoli 1984, p. 713-801, specialmente 722, 758-759.

⁽⁶³⁾ Su questo problematico vezzo vedi P. CARONI in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 326-327; IDEM, *La storia della codificazione e quella del codice*, p. 62-63; E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 852-853; come anche *supra*, p. 109.

⁽⁶⁴⁾ Criticano a ragion veduta queste pratiche P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 16; M.J. HORWITZ, *Die konservative Tradition in der Literatur zur amerikanischen Rechtsgeschichte*, in M. Killias-M. Rehbinder (a cura di), *Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie*, p. 99-110, specialmente 100, 109; O. BRUNNER, *Der Historiker*, p. 12; H. KRAUSE, *Der Historiker*, p. 23 ss.

⁽⁶⁵⁾ Vi ho accennato *supra* (p. 101) e vi accennerò *infra* (p. 151, 172-174, 183) per ricordare che *ius commune* e *ius proprium* non vissero in universi distinti ed incomunicabili (come fece comodo credere a Savigny), ma confluirono programmaticamente nell'*interpretatio*.

codici borghesi, all'evoluzione appunto parallela della legge e della consuetudine, del diritto popolare e di quello 'sapienziale'.

Chi assegna in questo modo, ossia preliminarmente, ad ogni 'momento' un suo campo d'azione, esclusivo ed incontestato, disegna un quadro ordinato e armonico. Ricorda certi paesaggi lindi e puliti, disposti con grande accuratezza, ove un azzonamento tempestivo ha facilitato uno sviluppo (non solo edilizio) appunto equilibrato. È una metafora, questa, alla quale volentieri si ricorre per dedurne l'urgenza di ricostruire analogamente la storia, badando a non confondere le linee, per non contaminare la 'purezza' delle singole tradizioni ⁽⁶⁶⁾. Ma anche questa metafora, come del resto molte altre, inganna. Magari sottovoce, ma inganna. Perché nella realtà, non però in quella spesso descritta dagli storici, che è troppo depurata per esser vera, l'antagonismo irrompe e distrugge l'idillio. Mostra che l'armonia e l'equilibrio della ricostruzione sono una finzione. E che le storie in realtà non scorrono parallele, l'una accanto all'altra, ognuna come svolgendosi in uno spazio loro, perciò esclusivo. Ma *concorrono*, quindi pure s'incrociano e si scontrano. Mosse da quell'antagonismo di fondo, del quale si disse. E quale alla fine prevale, questo non lo decidono le preferenze suggerite dagli storici. Quindi non si afferma necessariamente la tradizione più risalente oppure quella che si attiene più fedelmente delle altre ai valori ritenuti originali ⁽⁶⁷⁾. Prevengono piuttosto quelle soluzioni che, da sole o liberamente combinate con altre, convengono a chi

⁽⁶⁶⁾ Corrisponde a questo programma la descrizione particolareggiata delle singole fonti e la loro disposizione ordinata, idonea quindi a documentare la ricchezza di un sistema delle fonti, generalmente di quello del diritto comune. Fermo restando che tutte erano contemporaneamente in vigore e confluivano, debitamente interpretate e combinate, nella sentenza del giudice.

⁽⁶⁷⁾ Dal che è lecito dedurre la discutibilità di quella convinzione, condivisa a lungo, a lungo dominante e oggi tutt'altro che dimenticata, che ordinava di interpretare le figure romanistiche del codice sulla scorta delle fonti classiche, quelle germanistiche in sequela alle disparate fonti tedesche. Ho espresso in merito qualche perplessità nei *Saggi*, p. 191 ss. A monte di questa teoria stava una certezza incontestata per tutto l'Ottocento, quella "wonach man das Gesetzbuch nur durch Rückgang auf seine Quellen verstehen könne" (così M.A.V. BETHMANN-HOLLWEG, al quale ha rinviato recentemente P. LANDAU, *Zwei Programmschriften aus den Anfangsjahren der Redaktion des BGB*, in W.Hadding [a cura di], *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934-1935*, Berlin-New York 1999, p. 319-332, la citazione a p. 325). Sul punto vedi anche *infra*, p. 182, 186-187, 212.

emerge dall'antagonismo, perché gli sembrano anche quelle più consone ai suoi programmi. Pare perciò lecito dedurne, in conclusione, che il regolare, quotidiano confluire di esperienze eterogenee e magari contrastanti ⁽⁶⁸⁾, come anche il loro inevitabile rimescolamento, sembrano ben più plausibili che non le improbabili storie parallele ⁽⁶⁹⁾, dalle quali sono partito.

V. *La norma giuridica e la sua attuazione.*

La seconda situazione, della quale vorrei brevemente occuparmi, si ricollega almeno in parte alle considerazioni iniziali, perché riapre la discussione su una critica che da molte parti viene rivolta agli storici del diritto. Vengono tradizionalmente accusati di aver ignorato qualcosa di non marginale, ossia che “la norma giuridica (una volta che essa è *presente*) non è in alcun modo indipendente dal comportamento degli uomini, a cui si riferisce” ⁽⁷⁰⁾. Le è perciò

⁽⁶⁸⁾ E per essere ancora più esplicito: non mi accontento oramai più di appurare la coesistenza ordinaria di elementi eterogenei (come ancora ne *Il codice rinviato*, p. 303 ss.), nemmeno mi conforta imbartermi nella ‘sincronia dell’asincronico’ (come declama una civettuola formula moderna). Ho alzato il tiro, miro a contestare l’idea di un accostamento pacifico, durevole, ordinato, di storie tanto diverse. Sulla formula appena citata vedi D. WILLOWEIT, *Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Rationales und traditionales Rechtsdenken im ausgehenden Mittelalter*, in H. Boockmann-L. Grenzmann-B. Möller-M. Staehelin (a cura di), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Teil II, Bericht über Kolloquien der Kommission zur Erforschung der Kultur des Spätmittelalters 1996 bis 1997, Göttingen 2001, p. 369-385; A. BÜRGE, *Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5, 1997, p. 643-653, specialmente 653; P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassungskultur*, in A. Peisl-A. Mohler (a cura di), *Die Zeit*. Schriften der Carl-Friedrich-von Siemens-Stiftung, volume 6, 1983, p. 289-343, specialmente 295.

⁽⁶⁹⁾ Così le apostrofa, con validi motivi, U. SANTARELLI, *Recezione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXXIX, Milano 1988, p. 58-68, la citazione a p. 63. Con il che non si intende negare l’esistenza di *vere* storie parallele. Come lo sono ad esempio quelle descritte da F. GALGANO, *Le storie parallele della maggioranza in politica e nell’economia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36, 2006, p. 339-393.

⁽⁷⁰⁾ G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 16 (e 35; nella versione originale *Recht und Zeit*, p. 23, 41).

inerente “un elemento di incompiutezza” (71); e ciò dovrebbe sollecitare lo storico a indagare sul destino concreto al quale andò incontro in quella società, per la quale in teoria fu formulata e che perciò intendeva disciplinare. Per verificare se fu recepita e realizzata in sequela alle intenzioni del legislatore, o se fu sì applicata, ma con esiti che se ne distanziavano, quindi né auspicati, né attesi. Tutte cose che, a mente di chi condivide questo lamento, gli storici del diritto non avrebbero finora né programmato, né chiarito. Si accontenterebbero di appurare la vigenza formale delle leggi, quella dunque conseguita in capo ad una procedura rigida e facilmente documentabile. Ritenendo obsoleto, perciò irrilevante, tutto quanto esula da questa prima, elementare verifica. I singoli capi dell'accusa sarebbero perciò: preferenza discutibile concessa alla storia delle idee, tendenza a privilegiare la storia della scienza giuridica, reticenza nell'ammettere e nell'approfondire l'importanza del contesto sociale, desiderio di concentrarsi sugli aspetti filosofici e teorici, senza metterli in relazione con le verità svelate dall'etologia (72). Un cumulo impressionante di censure, come si vede, che spiegherebbero, da sole, il disinteresse spesso ostentato dagli storici generalisti per le materie giuridiche (73).

L'accusa, per farla breve, non è né nuova, né manifestamente infondata. Non mi diverte, questo è chiaro. A nessuno piace venir redarguito con tale cipiglio. Ma provoca ugualmente qualcosa di molto positivo, quindi sono disposto a darle udienza. Non tuttavia senza qualche chiarimento preliminare. Lo ritengo opportuno, poiché nella foga della critica (74) talvolta qualcuno ha alzato inavver-

(71) G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 16 (nella versione originale *Recht und Zeit*, p. 23).

(72) In una lettera di Ernst. E. Hirsch ad Hans Thieme del 4 febbraio 1983, l'accusa viene riassunta in questo modo: “Vor zwanzig Jahren habe ich einen Aufsatz veröffentlicht ‘Was kümmert uns die Rechtssoziologie?’ Ich kann heute die Antwort geben: Unsere Kollegen von der Rechtsgeschichte keinen Deut! Bleiben Sie nur weiter bei ihrem ‘Naturrecht’, treiben Sie Philosophie und Geschichte, ohne sich um die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Verhaltensforschung zu kümmern!”. Testo di questa eccezionale filippica in H. THIEME, *Aus einem Briefwechsel mit Ernst Hirsch während seiner letzten Lebensjahren (1981-1985)*, p. 26.

(73) Così J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 25.

(74) Così formula D. KLIPPEL, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 276.

titamente il tiro e ha passato il segno, ignorando così anche quanto in merito era già stato fatto.

1. Anche gli errori hanno una loro storia. A volte è persino più divertente di quella delle cose ben fatte. E spesso anche molto più istruttiva. Svela infatti le ragioni dell'errore, spiega perché fu commesso ed incita dunque chi sbaglia a ravvedersi. Chi dall'esterno ci critica forse non se n'è ancora accorto. Non aspira a scoprire il meccanismo segreto che ha provocato gli errori, preferisce metterli in conto all'ingenuità degli storici del diritto oppure ritenere che il culto della continuità, al quale volentieri si votano, abbia alla fine opacizzato la prospettiva temporale. Qui non posso ovviamente condividere. Tendo perciò a spiegare diversamente l'innegabile sopravvalutazione della 'vigenza' delle regole giuridiche, la fiducia nella loro forza taumaturgica e quindi la certezza che sarebbero state subito ed automaticamente operative; tendo a collegare tutti questi atteggiamenti a quella particolare atmosfera che caratterizzò la lunga e controversa transizione dal vecchio al nuovo sistema delle fonti. Posso addurre due fatti a sostegno di questa ipotesi. Il primo: la distinzione fra vigenza formale e materiale (che sarà tipica delle leggi) era praticamente ignota ⁽⁷⁵⁾ all'elemento determinante del vecchio sistema delle fonti, ossia al diritto consuetudinario ⁽⁷⁶⁾. Il secondo: il cambiamento avvenne in un contesto favorevole e quasi euforico, perché sorretto da suggestioni illuministiche non meno che da strategie, persino da calcoli statualistici. Ossia da momenti, nei quali sembrò scontato sperare che la legislazione statale si sarebbe subito ed ovunque affermata. Nei due casi una conoscenza più puntigliosa dei singoli stadi della transizione ⁽⁷⁷⁾ mostra però che le

⁽⁷⁵⁾ Si riassume il tema in P. CARONI, *Consuetudo: Eine Einführung, passim*. Tema poi ripreso e svolto con acume da T. SIMON, *Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts*, in Rg-Rechtsgeschichte 7, 2005, p. 100-137; IDEM, *Vom 'materiellen' zum 'formellen' Publikationsprinzip*, in ZNR 30, 2008, p. 201-220.

⁽⁷⁶⁾ Sia a quello tradizionale, che a quello "creato dalla giurisprudenza", se intendiamo riferirci alla notissima distinzione savignyana (*Beruf*, p. 79), qui proposta nella traduzione di G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, Napoli 2000, p. 101.

⁽⁷⁷⁾ Ne parlo compiutamente nei *Saggi*, p. 169 ss.; *Il codice rinviato*, p. 263 ss., 269 ss., 280 ss.; *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 37 ss.

speranze erano male apposte e che nella realtà tutto fu meno ovvio, fulmineo ed anche meno lineare.

2. Chi considera il passato alla stregua di una collezione di *exempla*, e lo frequenta alla ricerca di soluzioni concrete per il diritto vigente ⁽⁷⁸⁾, si accontenta spesso della regola astratta, così come la scopre o come fu sanzionata. Sapere se fu davvero attuata o se invece restò disattesa, non influisce sul valore che — in quest'ottica legittima, ma ugualmente estranea all'attività storica, così come fu finora intesa — viene in tal caso attribuito al 'modello'.

3. Se il rimprovero di non aver percepito la discrepanza tra norma e realtà vien ribadito *tel quel* tuttora ⁽⁷⁹⁾, è solo perché si ignora che da cinquant'anni a questa parte l'hanno mosso anche storici del diritto ⁽⁸⁰⁾ e che il loro appello non sempre cadde nel vuoto. Già nel 1967 Otto Brunner, intervenendo sul tema, sottolineò il valore di quella convinzione di Heinrich Mitteis, secondo la quale la cognizione dell'applicazione e dell'efficacia delle fonti giuridiche non è meno importante di quella del loro contenuto dogmatico ⁽⁸¹⁾. Nel frattempo — è utile ricordarlo esplicitamente — il messaggio è stato recepito. Capita perciò di imbattersi in storici del diritto, anche di grande spessore, per i quali sarebbe oggi inconcepibile occuparsi di storia (ad esempio) della legislazione senza nel contempo ragionare sull'attuazione concreta delle leggi, quindi senza studiarne la

⁽⁷⁸⁾ Questa è ad esempio la motivazione di E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 528-531, 534.

⁽⁷⁹⁾ Lo ribadisce, nella versione tradizionale, un recente fascicolo delle *Annales* dedicato integralmente a temi storico-giuridici (*Annales. Histoire et Sciences Sociales* 57, 2002, n. 6, *Histoire et droit*, p. 1425 ss.).

⁽⁸⁰⁾ Tanto per citare qualche esempio: G. CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, p. 36-40 *et passim*; G.K. SCHMELZEISEN, *Rechtsgeschichte und soziale Wirklichkeit*, in S. Wendt (a cura di), *Gesellschaft in Geschichte und Gegenwart. Beiträge zu sozialwissenschaftlichen Problemen. Eine Festschrift für Friedrich Lenz*, Berlin 1961, p. 371-407, specialmente 371-372, 388 ss.; H. KRAUSE, *Der Historiker*, p. 25-26 (ove la cosiddetta *Wirkungsgeschichte* vien considerata l'apice della ricerca storico-giuridica); D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 409-413, 418; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule*, p. 28.

⁽⁸¹⁾ O. BRUNNER, *Der Historiker*, p. 8-9, 13.

Wirkungsgeschichte ⁽⁸²⁾. Il loro numero si infoltisce di anno in anno ⁽⁸³⁾. Al gruppo si accodano ovviamente anche quegli storici, ai quali la tanto decantata unità giuridica europea appare sempre più quale mito sfuggente, e che le preferiscono perciò — accontentando gli uni e deludendo gli altri — analisi puntuali e concrete, volte a descrivere le situazioni giuridiche nei loro condizionamenti temporali e spaziali ⁽⁸⁴⁾. Senza dimenticare tutte le ricerche, e sono davvero molte, stimulate da un progetto elaborato dal Max-Planck-Institut di Francoforte nel 1988, posto sotto un titolo emblematico: “Normdurchsetzung” ⁽⁸⁵⁾. Concluso da poco ⁽⁸⁶⁾, basterebbe da solo a

⁽⁸²⁾ Notevolissime in merito le riflessioni di J. RÜCKERT, *Stadt-Land-Recht-Agglomeration*, in A. Cordes-J. Rückert-R. Schulze (a cura di), *Stadt-Gemeinde-Genossenschaft, Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, p. 253-289, specialmente 257-265. Riflessioni parzialmente anticipate da B. DIESTELKAMP, *Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert. Aufgezeigt am Beispiel der oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572*, in AA.Vv., *Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*, Köln-Wien 1977, p. 1-33, specialmente 33.

⁽⁸³⁾ Così ad esempio gli autori che ho citati in *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 38 nota 25. Del resto, anche nell’ambito di quella particolare storiografia che si occupa delle moderne codificazioni, cresce di anno in anno l’attenzione per il periodo successivo alla sanzione, quello cioè della realizzazione del codice. Come ho tentato di mostrare in *La storia della codificazione e quella del codice, passim*, specialmente p. 68 ss.

⁽⁸⁴⁾ V. ad esempio W. BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht — aber was ist es? Anmerkungen zu Coing und Zimmermann*, in ZNR 15, 1993, p. 225-235; IDEM, *Frühneuzeitliches Recht im Rauriser Alpenalpe*. “Europäisches Privatrecht” im 16. Jahrhundert, in ZNR 24, 2002, p. 3-18; IDEM, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?*, in *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Collana saggi, conferenze e seminari, N. 23, Roma 1997; J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in *Rechtshistorisches Journal* 11, 1992, p. 122-144; A. MAZZACANE, “Il leone fuggito dal circo”: pandettistica e diritto comune europeo, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29, 2001, p. 97-111; B. DIESTELKAMP, *Jus commune. Rechtsgeschichte als Argument in der Unifizierung von Europäischem Recht*, in AA.Vv., *Legal History in Change. The Olin Foundation for Legal History 50 Years, An international Symposium in Stockholm November 19-21, 1997*, Lund 2002, p. 205-211.

⁽⁸⁵⁾ D. SIMON, *Normdurchsetzung. Anmerkungen zu einem Forschungsprojekt des Max-Planck-Institutes für europäische Rechtsgeschichte*, in *Jus commune* 15, 1988, p. 201-208.

⁽⁸⁶⁾ AA.Vv., *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989)*, 5 volumi, Frankfurt a.M., 1997-2004. Riassume da par suo l’importanza di questa

dimostrare l'inconsistenza attuale di quel rimprovero che appare sempre più generico.

4. Ma è ugualmente utile non dimenticare che il desiderio di appurare, sempre e con la massima puntigliosità, l'impatto concreto delle regole giuridiche sulla società storica, ha talvolta risvolti poco realistici, persino positivistici, che sconsigliano dal corrispondervi. È *poco realistico* pretendere prove complete ed irrefragabili in tutte quelle situazioni, ove scoprirle ed allegarle richiederebbe anni di lavoro, senza la minima garanzia di approdare ad un esito concreto. Perché le fonti da consultare sono voluminose e complesse, come generalmente quelle notarili e giurisprudenziali. O perché il desiderio di accertare l'applicazione pratica verte indistintamente *su tutte* le singole regole di un *corpus*, di uno statuto o di un codice. In tutti questi casi non resta che ripiegare su soluzioni più moderate — ad esempio sullo studio di situazioni concrete o di fattispecie isolate, ritenute tipiche per un motivo o un altro ⁽⁸⁷⁾ — e accontentarsi di approssimazioni. Quanto poi ai *risvolti positivistici*, mi riferisco all'ottemperanza di quelle leggi che impongono al soggetto giuridico di astenersi da un certo comportamento o che tendenzialmente ne lo dissuadono. Il desiderio di una *probatio observantiae*, in questi casi,

avventura scientifica H. MOHNHAUPT, *Ein zweites Vorwort zum Abschluss des Institut-sprojektes*, nel quinto volume, *Deutsche Demokratische Republik (1951-1989)*, a cura di H.M., seconda parte, Frankfurt a.M. 2004, p. XVII- XLV. Condivide queste aperture M. STOLLEIS, *Was bedeutet "Normdurchsetzung" bei Policyordnungen der frühen Neuzeit?*, in R.H. Helmholtz-P. Mikat-J. Müller-M. Stolleis (a cura di), *Grundlagen des Rechts*. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag, Paderborn-München-Wien-Zürich 2000, p. 739-757.

⁽⁸⁷⁾ È pacifico che lo studio di singole procedure permette una percezione più concreta delle norme giuridiche che vi sono coinvolte, mostrandole per così dire in azione. Ma raramente svela anche se esse confermano una regola o non fissano magari un'eccezione. Non essendo perciò sempre agevole appurare l'esatta valenza conoscitiva del 'caso' prescelto, appare consigliabile non sopravvalutare la portata euristica di questo filone di ricerche. Che gode comunque oggi giorno di innegabile successo: vedi ad es. U.Falk-M. Luminati-M. Schmoeckel (a cura di), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München 2008; M. Luminati-U. Falk-M. Schmoeckel (a cura di), *Mit den Augen der Rechtsgeschichte: Rechtsfälle-selbstkritisch kommentiert*, Wien-Zürich-Berlin-Münster 2008.

è destinato a rimanere tale, dato che l'eventuale adesione al comando legislativo rimarrebbe comunque impercettibile⁽⁸⁸⁾.

Tutti questi rilievi confluiscono in una raccomandazione: in quella di guardare con occhi meno distratti o frettolosi al mondo rimosso, ma non per questo solo apparente, delle cose inesprese, inattuato, impedito, scartato; a quel mondo che noi, un po' tutti figli del positivismo, da sempre istintivamente evitiamo⁽⁸⁹⁾. Già perché, a differenza di quello votato al consenso e all'omologazione, che è quello dei vincitori, questo mondo, quando trasmette messaggi, quando eccezionalmente parla, lo fa in modo più diretto, e proprio per questo motivo turba e coinvolge. Questa raccomandazione vale per tutti e per tutti nello stesso modo, per lo storico generalista come per lo storico del diritto. Ma l'appello che le è visibilmente sotteso, esorta non tanto gli storici tradizionalmente attratti dall'origine del diritto, quindi dediti a studiare le singole tappe delle cosiddette *Entstehungsgeschichte*, quanto quelli che ritengono più urgente ragionare sulla realizzazione concreta del diritto. A loro rivolge una triplice esortazione. *Anzitutto* quella di dedicare allo studio di tutti quei piani, programmi e progetti, che non a caso si insabbiano per strada e non arrivano mai a destinazione, la stessa attenzione abitualmente riservata al diritto finalmente sanzionato ed entrato in vigore⁽⁹⁰⁾. Auspicabile appare *secondariamente* il recupero e lo studio di quelle situazioni, nelle quali un diritto sancito validamente, prima o poi vien sconfessato, perciò privato di quell'*imperium*, che

(88) Tutte cose, che il diritto vigente tuttora conosce. Come infatti documentare l'ossequio dovuto ad una servitù negativa o l'effetto dissuasivo di un diritto di prelazione?

(89) P. CARONI, *Il codice rinviato*, p. 266 ss., inoltre *supra*, p. 68, 77 ss. ed *infra*, p. 201 ss., 209.

(90) La descrizione degli ostacoli che hanno rallentato la costituzionalizzazione degli stati europei fra il Settecento e l'Ottocento è parte integrante della loro storia costituzionale (come afferma C. DIPPER, *Sozialgeschichte und Verfassungsgeschichte*, p. 180, rinviando a D. Grimm); proprio come quella dei (molti) progetti e tentativi poi abbandonati fa parte della moderna storia della codificazione (come ho tentato di esplicitare nei *Saggi*, p. 162-163 e in *Il codice rinviato*, p. 266-267). Un elenco di queste sfortunate avventure lo ha proposto anni fa B. DÖLEMAYER, *Kodifikationspläne in deutschen Territorien des 18. Jahrhunderts*, in B. Dölemeyer-D. Klippel (a cura di), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, in *Zeitschrift für historische Forschung*, Beiheft 22, Berlin 1998, p. 201-223.

prima ne garantiva l'esecuzione ⁽⁹¹⁾. Si affloscia, per così dire, va in rovina. Ma come ogni rovina, anche questa può risorgere da un momento all'altro, recuperando la funzione iniziale oppure piegandosi a nuove esigenze ⁽⁹²⁾. Per non dimenticare *finalmente* tutti quei casi, ove tiranni e dittatori fanno scempio del diritto vigente, lo travisano o lo violano apertamente senza il minimo scrupolo. Se vanno meticolosamente studiati, questi casi, se vanno analizzate con puntiglio tutte le testimonianze disponibili o recuperabili, è perché solo così, ossia documentando una dopo l'altra le tappe di questa sinistra deriva, sarà possibile ricostruire il posto davvero ancora occupato dal diritto in quella società ed esprimere un giudizio sulla sua fallibile tenuta ⁽⁹³⁾.

VI. *Lo sguardo immediato.*

Il terzo episodio irrompe in quell'ambito, che gli storici del diritto difendono con le unghie e coi denti, poiché ritengono — non senza buone ragioni — che rappresenti oramai l'ultimo bastione dell'autonomia scientifica della loro disciplina ⁽⁹⁴⁾. Focalizza dunque la scienza giuridica, massime il primato che il vecchio sistema delle fonti per secoli le garantì. Conseguito il quale la storia del diritto materiale confluì a lungo in quella della sua rappresentazione sapienziale. Legata a sua volta alla nascita di una nuova categoria professionale, quella dei giuristi; alla competenza esclusiva che

⁽⁹¹⁾ Nel necrologio vergato da Philipp Lotmar in memoria di Alois Brinz, l'allievo cita questa frase del Maestro: "Wir wollen wünschen, dass das Recht immer Macht sei, und dass es keine Macht gebe, die nicht Recht sei; daneben aber bleibt wahr, dass das Recht von der Macht verrathen, verlassen, unterdrückt sei, dagegen aber mit aller Wahrheit ausrufen kann: Ich bin dennoch" (P. LOTMAR, *Alois Brinz*, Allgemeine Deutsche Biographie 47, 1903, p. 241-259, la citazione a p. 244).

⁽⁹²⁾ Allude a questa metafora pregnante G. SCHOLTZ, *Legitimation und Kritik durch Geschichte. Mit Blick auf Philosophie- und Rechts historie*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 231-252, specialmente 251. In merito è sconsigliabile dimenticare M. AUGÉ, *Le temps en ruines*, Paris 2003, *passim*.

⁽⁹³⁾ Un esempio concreto in P. CARONI, *Sudditi subalpini a confronto*, in *Archivio Storico ticinese* 38, 2001, p. 293-298, specialmente 297.

⁽⁹⁴⁾ Lo pensò, non a torto, M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di Storico*, Redazione definitiva, Torino 1998, p. 110-111.

rivendicarono e che fu loro poi davvero riconosciuta, come anche al prestigio sociale, del quale tosto si fregiarono. Da cui nacque un vero e proprio monopolio: permise ai giuristi di predisporre procedure ed elaborare regole capaci di gestire tutte le situazioni giuridiche, quelle contenziose come anche le altre. L'enorme professionalità necessaria per svolgere questo ruolo ⁽⁹⁵⁾ contribuì a dislocare il diritto, ossia a cacciarlo dal posto finora occupato (che era aperto a sollecitazioni ed interferenze di origine popolare) per assegnarlo al ridotto specialistico, oramai dispensatore esclusivo di una scienza se non ancora occulta, certo sulla buona strada per diventarla. Una scienza accessibile solo ai giuristi di allora e (quando capita) agli storici del diritto del giorno d'oggi.

Sulle conseguenze provocate da quest'evoluzione, in particolare dall'isolamento della scienza giuridica e dall'irrigidimento che ne seguì, ci sarebbe molto da dire. Basti per ora un rapidissimo accenno al fatto che se non ha del tutto oscurato la storicità del diritto, ne ha per certo ostacolato la percezione ⁽⁹⁶⁾ ed ha così ritardato la recezione di ricerche storico-giuridiche da parte degli storici generalisti ⁽⁹⁷⁾.

Se a questa storia contrapponiamo quella di paesi ove la scienza del diritto comune fu dapprima respinta, poi metabolizzata, ma solo parzialmente e *contrecoeur*, come ad esempio nella Confederazione svizzera ⁽⁹⁸⁾, tutto di colpo si chiarisce e convince. Perché se riferita

⁽⁹⁵⁾ Così G. DILCHER, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 393.

⁽⁹⁶⁾ I dogmi giuridici hanno la fama di resistere (più o meno efficacemente) all'erosione del tempo. Rivendicano una inossidabilità, che scoraggia (almeno in apparenza) ogni agguato storicizzante.

⁽⁹⁷⁾ G. DILCHER, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 393, *et supra*, p. 119.

⁽⁹⁸⁾ Sulla resistenza opposta nella Svizzera alemannica all'insediarsi della scienza giusromanistica (rispettivamente, come purtroppo sempre più si dice, alla recezione del diritto romano), vedi, fra gli altri: E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, volume IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893, p. 107-126; F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, p. 27-33, 237 ss.; IDEM, *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts*. Ausgewählte Aufsätze, Sigmaringen 1989, *passim*; C. SCHOTT, *Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele*, in K. Kröschell (a cura di), *Gerichtslauben-Vorträge*. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, p. 17-45; P. CARONI, *Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in *Zeitschrift für historische Forschung* 2,

al territorio della vecchia Confederazione, quella travolta nel 1798 dalle truppe francesi, storia giuridica è quella che studia la vita del diritto *inserito in una pratica sociale*, di un diritto mescolato al 'resto' ⁽⁹⁹⁾, come questo resto visibile, accessibile e manovrabile, aperto dunque alla collaborazione di tutti. Qui il rapporto con il contesto politico e sociale non solo non viene interrotto, oppure offuscato; si coglie a occhio nudo, sovrasta letteralmente la vita del diritto, le nega ogni autonomia disciplinare. Un monopolio dei giuristi è, in tale contingenza, impensabile. E del resto nessuno lo auspica e nessuno vi aspira. Analogamente vanno giudicati i (peraltro frequenti) interventi volti a modificare il diritto vigente: non rispecchiano sollecitazioni provenienti dal ceto dei giuristi, non germogliano da riflessioni teoriche. Conseguono piuttosto da attese generalmente condivise, in merito alle quali ognuno può dire la sua, senza il timore di venir schernito da qualche 'addetto'. È ben vero che nel XIX secolo qualcosa cambiò: comparvero occasionalmente giudici togati, lo stile delle sentenze ne acquistò in stringatezza, l'obbligo di motivarle in dettaglio fu prescritto per legge. Ma tutto ciò, urge non dimenticarlo, non fu mai visto di buon occhio. I tentativi di far spazio ad un approccio scientifico al mondo del diritto furono perciò spesso osteggiati, rintuzzati da una critica, che certamente non giovò al prestigio della nuova disciplina ⁽¹⁰⁰⁾. Una critica, dietro alla quale stava la convinzione che a ogni diritto, persino a quello privato, fosse immancabilmente sottesa un'aspirazione sociale ⁽¹⁰¹⁾. Ragione per cui non sorprende che, a queste condizioni, e data la costanza di un tale contesto, la disponibilità dei

1975, p. 223-240; IDEM, *L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo*, in *Quaderni fiorentini* 5-6, 1976-1977, p. 1009-1030; N. WHARTON-J.-P. DUNAND, *The Reception of Roman Law in Swiss Law: Back to The Future!*, in *Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker*, Zürich 28.-30. Mai 1999, Frankfurt a.M. 2000, p. 263-281.

⁽⁹⁹⁾ Inevitabile il rinvio alla tesi di Savigny, in forza della quale il diritto originariamente non fruiva "di un'esistenza separata" (così traduce G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, p. 97, il notissimo passo del *Beruf*, p. 76).

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi in merito P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*, in *ZNR* 16, 1994, p. 243-271, *passim*.

⁽¹⁰¹⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 130 ss.; IDEM, *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, in P. Caroni-E. Dezza (a cura di), *L'ABGB e la codificazione asburgica*

generalisti (come anche di tanti storici locali) di approfondire tematiche giuridiche, di farlo magari senza dar nell'occhio, ma non senza acume, sia stata esemplare.

Ma anche prescindendo da queste considerazioni — e per tornare ora al tema iniziale — mi chiedo talvolta se i generalisti non siano per caso in grado di avvicinarsi al passato giuridico, di interrogarlo e di riferirne, più liberamente di noi, storici del diritto. Se tutto ciò non riesca loro, poiché non restano impigliati in quel reticolo di categorie, dogmi e definizioni, che spesso invece blocca noi ⁽¹⁰²⁾. O perché, per gli stessi motivi, affrontano senza pregiudizi anche situazioni problematiche ed intricate; non tentano cioè, come spesso inconsapevolmente facciamo noi, di disinnescarle preventivamente o di addomesticarle successivamente ⁽¹⁰³⁾. Jacques Le Goff qualche anno fa rispose affermativamente alla domanda e citò qualche esempio: la distinzione fra diritto pubblico e privato, il concetto di *utrumque ius*, l'aspirazione all'unità del diritto, in tutte le sue possibili e pensabili modulazioni. Sono tutte cose, a detta del nostro autore, che i generalisti saprebbero descrivere più nitidamente dei loro colleghi giuristi ⁽¹⁰⁴⁾. Io stesso devo ammettere di avere sempre ammirato l'agilità dei generalisti di intuire e spiegare la simultanea vigenza delle molte fonti — diverse e disperate — tipiche del sistema del diritto comune. Mentre gli storici del diritto vi

in Italia e in Europa, Atti del convegno internazionale Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006, p. 497-524, specialmente 499 ss.

⁽¹⁰²⁾ Categorie, dogmi e definizioni del passato come (e forse soprattutto) del presente. In punto all'impiego di una terminologia anacronistica, poiché irretita da coordinate contemporanee, vedi *supra*, p. 119-120.

⁽¹⁰³⁾ Nel marzo del 1995, discutendosi in un colloquio organizzato nella sontuosa *Bibliotheca Augusta* di Wolfenbüttel di "Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit", e dovendo in tale ambito passare in rassegna il contenuto, la valenza, il vigore ed il rango delle fonti giuridiche implicate, Günther Lottes, un notissimo storico tedesco, sorprese tutti gli astanti chiedendo(si): "Ma cos'è poi questo diritto consuetudinario?". Gli storici del diritto presenti trasalirono, ritenendo leggermente eccentrica (per non dir peggio) questa domanda. Ma poi, quando tentarono di rispondervi, si accorsero che la loro 'certezza' allignava in categorie del diritto vigente, non era perciò in grado di convincere l'interrogante. Che, spaesato proprio dall'incatturabilità del concetto, aveva tentato, formulando il suo interrogativo, di capire meglio. Accenno anche a questi aspetti in *Consuetudo: Eine Einführung, passim*.

⁽¹⁰⁴⁾ J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 32 ss.

vedono spesso una concorrenza, che intendono disciplinare costringendola in una gerarchia fissa ed indiscutibile ⁽¹⁰⁵⁾, senza peraltro riuscire nel loro intento ⁽¹⁰⁶⁾, loro preferiscono parlare di convergenza e complementarità, che si possono gestire facendo capo ad una prudente *interpretatio secundum ius commune*. E colgono nel segno ⁽¹⁰⁷⁾. Ragione per cui continuo ad interrogarmi: forse che lo sguardo *immediato*, sfuggendo al reticolo concettuale, riesca a meglio catturare la storicità del diritto ⁽¹⁰⁸⁾?

VII. *Il diritto nella concorrenza.*

L'ultima occhiata che lanciao al campo del vicino prima di tornare — comunque arricchito — a occuparmi delle mie faccende, coglie una dimensione, la cui importanza primeggia su quella delle situazioni affrontate finora. Si interroga infatti sull'idoneità del diritto ad approntare una strategia davvero capace di garantire la prevenzione, il controllo sociale e la repressione in una concreta società storica. È un interrogativo inevitabile, per il diritto attuale come per quello storico. Nei due casi la posta in palio è la stessa: ne va infatti della possibilità di verificare non in base a previsioni, definizioni o speranze, ma a rilievi concreti, *l'effettivo* servizio reso dal diritto ad una società storica. Quindi di misurare il 'posto' che vi occupa. Contrasta con l'importanza di questo interrogativo la relativa indifferenza ostentata finora in merito dagli storici del diritto. Solo raramente se ne sono occupati. Se poi eccezionalmente l'hanno fatto, si sono accontentati di poco, di qualche accertamento super-

⁽¹⁰⁵⁾ Soluzione, questa, germogliata dal sistema codificatorio, quindi del tutto sconosciuta a quello precedente, come ricorda opportunamente P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, p. 65, 170, 286.

⁽¹⁰⁶⁾ C. PETIT-J. VALLEJO, *La categoria giuridica*, p. 741 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul punto vedi P. CARONI, *Statutum et silentium*, p. 145-146; G. GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulat pari passu: la consuetudine nei diritti italiani del basso Medio Evo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 58, 1985, p. 19-55, specialmente 46-47, 52 ss., 55.

⁽¹⁰⁸⁾ A chi dispiacesse questa critica indiretta di una specializzazione troppo sfrenata consiglio di leggere E.W. SAID, *Des intellectuels et du pouvoir*, Paris 1996, soprattutto il quarto capitolo (*Professionnels et amateurs*, p. 89 ss.).

ficiale. Perché? Forse perché — è l'unica spiegazione che mi so dare — le fonti loro familiari, che sono appunto quelle giuridiche, si occupano d'altro. Formulano regole, senza poter prevedere quale seguito avranno, ma anche senza il timore di venir scalzate da regole di altra provenienza. Chi però si muove esclusivamente in questo ambito e non si lascia disorientare dalla sua settorialità, non avrà motivo di accorgersi della 'concorrenza'. Perché o non la vede, o la evita. Se riverserà queste sue granitiche certezze nell'insegnamento, trasmetterà ai suoi discepoli messaggi apparentemente rassicuranti, ma in realtà inattendibili. Vòlti a far credere che il diritto sia l'*unica* struttura normativa, che tutte le società finora furono disciplinate esclusivamente dal diritto, e che quindi del diritto (o dei giuristi) sia la responsabilità determinante per il funzionamento della società.

Chi invece non si accontenta di queste scontate conferme, poiché conosce la parzialità del messaggio giuridico, predilige un osservatorio esterno. Che sia in grado di registrare non solo i dati giuridici, ma anche le molte ed innegabili interferenze di tutte le (altre) forze sociali, che con il diritto concorrono. E dalle quali viene regolarmente ridimensionato. Farà allora confluire nei suoi ragionamenti letture salutarmente stravaganti, come potrebbero essere quelle di natura sociologica, antropologica o di psicologia sociale. E si accorgerà ben presto che il messaggio rassicurante (o consolatorio) appena evocato è spesso una caricatura della realtà. Una caricatura non inerme, poiché alimenta — nel contesto pedagogico ricordato — una pericolosa illusione.

a) Allargando lo sguardo, appare infatti palese, che il diritto non fu mai l'unica, ma sempre e solo *una* strategia preposta alla gestione del controllo sociale, quindi alla garanzia della pace sociale. Quello giuridico fu sempre un 'ordine' *parziale*, e tale rimane. Detta quelle regole ed impone quei comportamenti, in difetto dei quali la coesione sociale verrebbe pericolosamente a mancare ⁽¹⁰⁹⁾, ma non vi attende in modo esclusivo ⁽¹¹⁰⁾. Opera piuttosto accanto ad altri

⁽¹⁰⁹⁾ R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 24: ove il diritto vien ritenuto quale "geschichtliche Verständigungsebene über die *hic et nunc* unbedingt massgeblich sein sollenden Verhaltensweisen, deren menschliches Miteinander bedarf, damit es nicht entfügt werde".

⁽¹¹⁰⁾ R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 24.

sistemi normativi (alla religione, alla morale, ai costumi, ma anche all'onore, all'economia ed alla politica ⁽¹¹¹⁾). Seguono altri itinerari, ma pure tendono — configurandosi in un rapporto concorrenziale — ad uno stesso obiettivo. Se il diritto sembra occasionalmente primeggiare ⁽¹¹²⁾, è solo a causa dei meccanismi coercitivi dei quali dispone e che regolarmente attiva. Dietro ai quali si profila lo Stato, con il suo monopolio dell'*imperium*, cioè di un potere che — se necessario — ricorre alla forza. Non è un potere cooperante, questo: non discute, non tien conto di, non pondera: *sopraggiunge* a tutela di accordi già conclusi fra le parti, senza il suo concorso. Sopraggiunge: costringendo il debitore a versare la somma dovuta, il lavoratore a prestare l'opera promessa, il proprietario a non ostacolare l'esercizio della servitù, e così via. Proprio questa 'esternità' del potere statale, questa sua estraneità al contenuto dell'accordo, che vuole però rispettato, spiega l'efficienza del meccanismo coercitivo gestito dallo Stato e della forza legittimante che gli è inerente ⁽¹¹³⁾.

Ragioni e limiti del primato così rivendicato dalla strategia giuridica non abbisognano perciò di ulteriori commenti. Lo stesso dicasi dei dubbi e delle perplessità, anche delle critiche esplicite, che l'evocazione del primato tradizionalmente solleva. La *prima* denuncia la presenza ubiquitaria e pervasiva del diritto, ossia il fatto che le massime giuridiche "embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société" ⁽¹¹⁴⁾. E vi vede

⁽¹¹¹⁾ Raguagli di calibro disparato offrono ad es. gli autori già citati *supra*, p. 81, ed inoltre: A. M. HESPANHA, *L'interdisciplinarietà di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica*, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 313-314; R. GARRÉ, *Non di solo diritto, passim*; H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique*, p. 124; R. SÁNCHEZ FERLOSIO, *La freccia nell'arco*, Milano 1992, p. 37-38.

⁽¹¹²⁾ G. DILCHER, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 399, 406.

⁽¹¹³⁾ Sui nessi fra questi diversi momenti vedi P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Torino 1990, p. 49 ss.

⁽¹¹⁴⁾ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du Projet de la Commission du Gouvernement* (1801), in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris 1827, p. 463-523, la citazione a p. 472-473. Analogamente argomentò T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, p. 580. Una moderna versione di questa 'denuncia' si legge in N. DRUEY, *Über die Lebensbedingungen des Rechts*, Universität St. Gallen, Aulavorträge N. 59, St. Gallen 1996, p. 8: "Das Recht ist in diesem Sinn thematisch universal. Es nimmt zu jedem denkbaren Sachverhalt

una manifestazione di *imperialismo*, ossia di un atteggiamento ovunque temuto⁽¹¹⁵⁾, non meno che il potere del quale dispongono e che volentieri sfoggiano i giuristi⁽¹¹⁶⁾. La *seconda* deplora il formalismo della strategia giuridica, la sua spietata estraneità, dalla quale germoglia, non a caso, il culto ossessivo dell'astrazione. A differenza di altri percorsi disciplinari parziali, che tentavano (e tentano) di imporsi richiamandosi a meccanismi *alieni*⁽¹¹⁷⁾, e che per questo motivo non indugiavano a coinvolgere i destinatari, li incoraggiavano a plasmare interi settori del sociale, il primato del diritto sortì l'esito contrario, ossia disgregante: provocò prima lo svilimento, poi il rifiuto di esperienze e valori conviviali, in questo senso umani. Il che spiega magari quelle animosità diffuse, che accompagnarono spesso l'emergere del diritto, proprio come l'ombra accompagna la luce. Non è dunque un caso, se in terre nordalpine l'affermarsi del ceto dei giuristi e delle tecniche loro familiari potè essere vissuto quale 'scorporamento' (*Entleiblichung*)⁽¹¹⁸⁾, quale perdita inflitta da un ordinamento freddo e marmoreo⁽¹¹⁹⁾, orfano oramai dei suoi veri valori.

Stellung und sei es im Extremfall auch nur, indem es ihn von weiterer Regelung freistellt”.

⁽¹¹⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*, p. 129-130; J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 29; R. ROMANELLI, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 310; Y. THOMAS, *Présentation*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 57, 2002, p. 1425-1428; M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 185 ss.

⁽¹¹⁶⁾ J. LE GOFF, *Replica*, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 451-452: “Vous, les historiens du droit, vous êtes encore avec les juristes, et derrière les juristes, vous avez toujours un certain nombre de liens avec la société, avec ces nombreuses professions qui changent, mais qui me paraissent non moins nombreuses et non moins puissantes, qui sont formées par le droit, et qui nécessitent une culture juridique. Ainsi, socialement, ce sont deux blocs bien différents quant à la puissance, et c'est là encore une des raisons pour lesquelles nous avons un peu peur de vous, parce que, si nous nous affrontions, ce serait le pot de terre contro le pot de fer!”.

⁽¹¹⁷⁾ Ai quali accenna R. GARRÉ, *Non di solo diritto*, § 1, Introduzione.

⁽¹¹⁸⁾ P. CARONI, *Die Schweizer Romanistik*, p. 262-263 (con ulteriori richiami); W. SCHILD, *Verwissenschaftlichung als Entleiblichung des Rechtsverständnisses*, in N. Brieskorn-P. Mikat-D. Müller-D. Willoweit (a cura di), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft. Bedingungen und Probleme der europäischen Rechtsgeschichte*. Festschrift W. Trusen, Paderborn-München-Wien-Zürich 1994, p. 247-260.

⁽¹¹⁹⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 81, 140-141; J.N. DRUEY, *Über die Lebensbedingungen*, p. 7; R. GARRÉ, *Non di solo diritto*, § 5 (Diritto e costume); M.R. FERRARESE, *Le istituzioni*

b) D'altro canto un'analisi disincantata delle fonti storiche svela l'esistenza di larghi (ma eterogenei) strati del sociale, ove la composizione dei conflitti veniva cercata e raggiunta senza ricorrere ai canali ufficiali gestiti dall'autorità statale. Il grande favore, di cui ha fruito questa prassi alternativa, sia nel medio evo che in epoca moderna, viene confermato da indagini recenti e recentissime, svolte soprattutto in Francia ed in Inghilterra. Mostrano che nell'*infrajudiciaire* (come questa linea appunto *non* parallela viene oggi comunemente chiamata) ⁽¹²⁰⁾ si cercava preferibilmente la tutela di valori ideali e simbolici (quali ad esempio l'onore). Una tutela concretamente deferita ad arbitri, *mediatores*, *pacificatores*, notai, parroci o giudici di pace.

Quali motivi spiegano il successo di questa giurisdizione alternativa? Sono parecchi e disparati. Talora questa prassi permetteva di concludere una lite rapidamente, quindi anche senza costi insopportabili; altre volte contribuiva a sventare i tentativi dei *domini terrae* di servirsi della giurisdizione ordinaria per erodere (o persino debellare) i privilegi locali; altre ancora offriva un'evasione discreta del *casus belli*, a salvaguardia sia dell'onore di singole persone, famiglie o *clan* coinvolti, sia dell'autonomia di singoli gruppi ⁽¹²¹⁾. Dal che si può facilmente dedurre, che l'ambito giuridico e quello istituzionale non sempre coincidevano e che dunque fu spesso possibile scegliere quale strada percorrere per ottenere giustizia ⁽¹²²⁾. Alle procedure

della globalizzazione. *Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, p. 171; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 35 (in merito a Windscheid).

⁽¹²⁰⁾ Ad appurare il significato preciso di questa espressione tendono diversi interventi in B. Garnot (a cura di), *L'infrajudiciaire*, p. 60, 90-91, 104-105, 113-114, 467-471. Generalmente si parla, senza distinguere ulteriormente, di *infrajudiciaire*, *infradroit*, *prédroit*. Accennano all'importanza del tema — recentemente approfondito anche da ricerche italiane, quelle ad esempio proposte da O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari 2007, oppure contenute in L. Lacché-C. Latini-P. Marchetti-M. Meccarelli (a cura di), *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007 — anche H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique*, p. 124-125; P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris 1999, p. 17-18. Sulla distinzione fra *droit* e *prédroit* nell'opera di Louis Gernet vedi M. BRETON, *Diritto e tempo*, p. 193-206.

⁽¹²¹⁾ B. GARNOT, *Conclusion*, in B. Garnot (a cura di), *L'infrajudiciaire*, p. 467-471, specialmente 467.

⁽¹²²⁾ A. ZORZI, *Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques*

ordinarie, quindi ufficiali, disciplinate dal diritto ‘statale’, restò tradizionalmente riservata la tutela di beni materiali ⁽¹²³⁾. Una tutela concessa tramite regole giuridiche, che ovviamente non sfuggirono allo sguardo e all’interesse dello storico del diritto. Quelle alternative, che realizzavano un’altra forma di controllo sociale ⁽¹²⁴⁾ e che integravano, correggevano o persino rimpiazzavano le procedure istituzionali ⁽¹²⁵⁾, furono invece scoperte e descritte da storici della società ⁽¹²⁶⁾. Esse documentano egregiamente non solo l’esistenza, ma anche la consistenza di una zona grigia giuridica. A lungo ignorata, dai contorni tuttora fluidi e quasi magmatici, vive oggi — ad esempio nell’istituto della mediazione — una rinascita sorprendente che, se le prime impressioni non ingannano, recupera rapidamente il terreno perso ⁽¹²⁷⁾.

c) Resta da esaminare perché, come ricordavo ⁽¹²⁸⁾, quest’ultima occhiata ai miei paraggi, miei di storico del diritto, pare emblematica per il numero e lo spessore degli stimoli che ce ne vengono. *Dapprima* poiché permette una cognizione affidabile del ruolo sociale svolto dalle professioni giuridiche. Poiché solo dopo

italiennes du XIII au XVe siècle, in B. Garnot (a cura di), *L’infrajudiciaire*, p. 19-36, specialmente 20-21; X. ROUSSEAU, *Entre accomodement local et contrôle étatique: pratiques judiciaires et non-judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne*, *ibidem*, p. 87-107, specialmente 91; R. AGO-S. CERUTTI, *Premessa al fascicolo Procedure di giustizia*, in *Quaderni Storici* 101, Agosto 1999, p. 311.

⁽¹²³⁾ B. Garnot (a cura di), *L’infrajudiciaire*, p. 132 (dalla discussione).

⁽¹²⁴⁾ J.-C. Farcy, *Peut-on mesurer l’infrajudiciaire?*, in B. Garnot (a cura di), *L’infrajudiciaire*, p. 109-127, specialmente 114.

⁽¹²⁵⁾ Quale rapporto concreto si instaurasse poi nella realtà fra questi due mondi, così diversi ma non già per questo autonomi ed impermeabili, dipendeva perciò dalla funzione che oggettivamente rivendicavano: poteva essere di concorrenza o di collaborazione concertata, raramente di indifferenza vicendevoles.

⁽¹²⁶⁾ Lo ribadisce X. ROUSSEAU, *Entre accomodement local*, p. 90-91.

⁽¹²⁷⁾ Qualche ragguaglio sta ad esempio in O. MOORMANN v. KAPPEN, *Zur Geschichte der sogenannten alternativen Streitbeilegung in Europa*, in S. Ferz (a cura di), *Rechtskultur-Streitkultur-Mediation. Die Reaktivierung von verlorener Selbstverantwortung und abgegebener Eigenkompetenz*. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz und Joanneum Research, 14.-16. Mai 2003, Hamburg 2003, p. 11-27; J. Nautz-E. Brix-G. Luf (a cura di), *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, Wien 2001, *passim* e specialmente i contributi dei tre curatori.

⁽¹²⁸⁾ V. in merito *supra*, p. 147.

aver circoscritto l'ambito della normatività, sperimentato la concorrenza nella quale opera e osservato anche in quale zona grigia può venirsi a trovare, sarà possibile appurare l'intensità e la natura del servizio che il diritto rende ad una società. E solo tenendo conto di tutto questo potremo anche toccare con mano la 'resa' effettiva dell'esercizio delle professioni giuridiche. Il che è *sempre* importante, anche se l'esito di queste ricerche non dovesse sempre corrispondere alle nostre attese, poiché magari ci costringe a smitizzare, quindi a relativizzare, convinzioni oramai acquisite.

Secondariamente ritengo salutare rendersi finalmente conto del fatto che il diritto non per caso, e nemmeno eccezionalmente, ma *di regola* si trova a operare accanto ad altri meccanismi con analoghe finalità. Sono tutti ordinamenti a raggio parziale. Considerata la finalità comune, è logico sperare che fra di loro non esista una concorrenza sfrenata, men che meno che si facciano la guerra. Auspicabile appare invece — e in fondo si spiega da sé — la disponibilità a costruire un itinerario comune, all'insegna della vicendevole collaborazione. Tema di fondo di questa riflessione non è infatti l'assegnazione del primato assoluto a questa o quella strategia, quanto l'elaborazione di un piano capace di garantire una realizzazione ottimale di funzioni sociali (129).

In terzo luogo non è da escludere che quest'ultima occhiata — per frettolosa che sia — intraveda qualcosa di quell'evoluzione, che sta attualmente rimettendo in discussione antiche e finora sacrosante certezze della scienza giuridica continentale, e che proprio per questo motivo crea disagio a molti di noi. Un *primo esempio* segnala una presenza sempre più vistosa dello Stato nell'ambito giuridico: ovvero nella sua funzione di legislatore, ovvero in quella di garante dell'applicazione delle leggi. Esempi concreti di questa tendenza — nella quale si scorge una strisciante *giuridificazione* (130) — sono

(129) R. GARRÉ, *Non di solo diritto*, § 7, Conclusione.

(130) Il concetto (per esprimere il quale si parla anche di 'giuridicizzazione') è notoriamente polisemico, sarebbe perciò utile indicare preliminarmente quale valenza concreta attribuirgli. Ne hanno recentemente ragionato ad esempio S. CASSESE, *Il nuovo mondo del diritto*, p. 17 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 467 nota 24; C. DIPPER, *Stationen der Verrechtlichung und Professionalisierung in Deutschland und Italien*, in C. Dipper (a cura di), *Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert*.

sotto gli occhi di tutti: nel passato l'obbligo imposto ai contraenti di piegarsi agli ordini del diritto imperativo, intatto restando di regola il perimetro della loro autonomia privata⁽¹³¹⁾. Oggi invece l'intervento sempre più incisivo dello Stato volto a tutelare posizioni economiche svantaggiate, per impedire che vengano stritolate dall'agonismo impietoso del mercato. Intervento destinato perciò a correggere puntualmente quanto stabilito dall'autonomia negoziale dei contraenti, in casi estremi (ma non per questo rari) persino a sostituirvisi del tutto⁽¹³²⁾. Oppure il tema — tuttora ampiamente controverso — dell'utilità, rispettivamente della necessità di disciplinare più severamente il funzionamento del mercato⁽¹³³⁾. In tutti questi casi, come anche in altri qui non menzionati, una demarcazione ritenuta già indiscutibile ed irremovibile, prima oscilla, poi cede e viene spostata, a tutto vantaggio della regolamentazione giuridica⁽¹³⁴⁾. Chi, studiando il passato, già si sia imbattuto nell'og-

Professionalisierung und Verrechtlichung in Deutschland und Italien, Berlin 2000, p. 13-28, specialmente 13-15; G. TEUBNER, *Verrechtlichung. Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in F. Kübler (a cura di), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*, Frankfurt a.M. 1985, p. 289-344; I. BROKAMP, *Die Verrechtlichung der Eltern-Kind-Beziehung in hundert Jahren BGB*, Bielefeld 2002.

⁽¹³¹⁾ C. DIPPER, *Stationen der Verrechtlichung*, p. 14 ss.

⁽¹³²⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 83 ss.; IDEM, *Gesetz und Gesetzbuch*, p. 166 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 394-396; IDEM, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, p. 41 ss.

⁽¹³³⁾ Vi accennano S. CASSESE, *Il nuovo mondo del diritto*, p. 39 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 396 ss. Nel frattempo la relativa bibliografia è cresciuta a dismisura. Le ricerche che sono state al centro di un appassionato dibattito vengono ricordate da quest'ultimo autore, *ibidem*, p. 467.

⁽¹³⁴⁾ Splendida e cristallina descrizione di questa evoluzione in P. ROUBIER, *La méthode sociologique et les doctrines contemporaines de la philosophie du droit*, in *Méthode sociologique et droit. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg*, 26-28 novembre 1956, Paris 1958, p. 41-50, specialmente 42: "L'organisation juridique n'a pas cessé de se développer dans nos sociétés modernes, et bien des rapports humains qui étaient réglés autrefois par la coutume, ou par la religion ou par la politique, ou par les simples convenances, ont de plus en plus pris la forme de relations juridiques. On peut dire que l'organisation sociale, jadis abandonnée sur certains points à d'autres influences, prend de plus en plus le caractère exclusif d'une organisation juridique. Les développements de l'économie socialisante n'ont rien changé à cela: des branches du droit, autrefois peu développées comme le droit administratif, ou même inexistantes comme le droit du travail, apparaissent avec un contentieux de plus en plus abondant".

gettiva collaborazione fra ordini diversamente strutturati; chi conosca perciò le risorse alle quali può attingere un'interazione ragionevole fra soggetti disparati, non si lascerà irretire dalle conseguenze pratiche della giuridificazione. Sarà in grado, se necessario, di criticarle come anche di opporvisi.

Il *secondo esempio* è più complesso, forse anche più attuale, certamente più allarmante. Si riferisce alla globalizzazione dell'economia e ai suoi contraccolpi di natura giuridica che, ancora una volta, rimettono impietosamente in discussione la *routine* professionale di molti giuristi. A cominciare dal quadro generale sotteso all'ordinamento giusprivatistico, costituito dal monopolio legislativo dello Stato, dall'unità in tutte le sue diverse modulazioni, fino alla redazione scritta, consegnata generalmente in codici tendenzialmente completi. Un quadro intriso di filosofia positivista, che la globalizzazione lentamente sgretola. In che modo? Puntando su una strategia succuba dell'economia: si svincola dall'abbraccio statale e consegna la produzione e l'applicazione del diritto a soggetti economici privati e a istanze da loro costituite e manovrate. Per cui il nuovo diritto così messo in circolazione sarà diverso in tutti i sensi: sarà informale, propositivo, flessibile e si servirà dell'oralità. Se quello sanzionato finora dai codici era scritto e astratto e convocava perciò i giuristi più ad una conversione creatrice che ad un semplice impegno esegetico, quello imposto dalla globalizzazione è casuistico, privilegia perciò valori da sempre riconosciuti e tuttora rivendicati dalla tradizione del *common law*. Il capolinea della transizione attualmente in atto sembra largamente prevedibile. Sarà nel segno di un *pluralismo* (delle fonti, delle istanze giudiziarie, dei metodi che servono ad applicare ed aggiornare il diritto, dei meccanismi preposti alla decisione delle vertenze, ecc.), quindi anche di una *Mehr-gleisigkeit*, che probabilmente disorienta e forse anche destabilizza. Tutto diverrà più complesso e più precario. Come si debba reagire, è arduo prevedere. Forse evitando atteggiamenti estremi, quindi senza assumere una difesa ad oltranza di posizioni *jadis* dominanti, ma anche senza condividere l'entusiasmo per le nuove, tipico peraltro dei neofiti. Utili saranno piuttosto giuristi capaci di accompagnare questa evoluzione con un atteggiamento critico e ponderato; che dunque non sottovalutano i rischi dell'operazione, ma che nemmeno mancano di riconoscere, se del caso, le opportunità

offerte dal nuovo palinsesto e sono pronti ad avvalersene. Predestinati a svolgere questo ruolo potrebbero essere proprio quelli che, per aver ripetutamente esplorato le vie del passato, e per aver ragionato ad alta voce su quanto sperimentarono in tale occasione, dispongono ora di quella necessaria circospezione, che ispira ogni sguardo critico ⁽¹³⁵⁾. Se lo affermo, è perché quel pluralismo, verso il quale l'evoluzione ci spinge, e che turba molti di noi, non fu del tutto sconosciuto al passato; ovviamente in forme disparate e difficilmente classificabili, nemmeno realmente paragonabili a quanto incombe, ma non per questo meno istruttive ⁽¹³⁶⁾. Mi si conceda perciò di concludere questa lunga riflessione affermando che la globalizzazione rimuove, salutarmente, quel paraocchi che il positivismo degli ultimi due secoli ci aveva più o meno consapevolmente applicato. Conferisce paradossalmente maggior visibilità al passato, poiché ne illumina aspetti finora rimasti in ombra. Confortati da quanto finalmente vediamo, preferiamo dunque non condannare *d'emblée* quanto sta succedendo. Già perché la complessità pluralistica dell'esperienza giuridica, alla quale sarà sempre più difficile sottrarsi, non è il frutto avvelenato di una transizione perversa. È piuttosto la variazione nuova, moderna ed *altra*, di un tema ricorrente della storia giuridica europea.

VIII. *Conclusio.*

Come riassumere le riflessioni e le raccomandazioni fatte finora? Come racchiuderle in una massima da affidare, quale moderno e laico *viaticum*, a chi oggi si mette in viaggio?

Se la ricerca e l'insegnamento davvero si propongono di segna-

⁽¹³⁵⁾ Insiste sulla possibilità e sull'urgenza di un tale sguardo P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini* 29, 2000, p. 551-558; IDEM, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, ora in *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, p. 279-300.

⁽¹³⁶⁾ Notevolissimi gli esempi citati da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, p. 16 ss., 71, 134, 149-150. Esempi storici di un atteggiamento economico globalizzante evocano J. OSTERHAMMEL-N. PETERSSON, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozessen, Epochen*, München 2003; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, p. 65 ss., 74 ss.

lare la presenza, analizzare le funzioni ed appurare in tal modo la valenza *reale* (ossia né quella tacitamente auspicata, né quella esplicitamente rivendicata) del diritto in una qualsiasi società storica, quella attuale non esclusa, allora l'approccio preferito finora, nella ricerca come nell'insegnamento, non mi pare troppo felice. Prendeva infatti le mosse dal diritto, dalla sua asserita (ma insondabile) centralità ed onnipotenza, ed in sequela a tale convinzione 'ritagliava' quella società, che gli corrispondeva fedelmente, perché ne rispecchiava il programma, le aspirazioni, anche le paure. Se però leggo l'esito di questa operazione sullo sfondo del contesto sociale, rispettivamente di quell'entroterra, al quale ho spesso rinviato, quando ragionavo sul lento emergere del diritto e sul suo impatto con le società storiche via via esaminate, mi accorgo di essere fuori strada. Di essere stato in un certo senso ingannato. O anche: di aver raggiunto quel sito, che le vecchie cartografie descrivevano ad esempio così: "Per questa istrada segnata ci si perde e finisci qui in questi boschi" ⁽¹³⁷⁾. Perché? Perché la società così 'ritagliata' mostra una improbabile sequenza di istantanee; le allinea non a casaccio, ma secondo quell'ordine *virtuale e ripetitivo*, nel quale il diritto astratto da sempre si riflette. Ricorda, nella sua purezza programmatica, i suggerimenti che l'allenatore dà ai suoi giocatori poco prima dell'inizio della gara. E che sono inevitabilmente destinati a venir modificati, non appena l'agonismo della contesa imponga altre scelte, persino a venir del tutto dimenticati o stravolti, se l'avversario incalza, occupa tutti gli spazi ed impone la sua manovra.

Dal che si evince, almeno secondo me, che il viaggio va iniziato *altrove*, non muovendo dal diritto, ma dal bel mezzo della società. Assumendo la sua complessità manifesta e disordinata, per risalire poi al diritto, del quale la società progressivamente si appropria, che dunque 'leggerà' a sua immagine e somiglianza, che piegherà alla propria logica, quella di una società antagonista. Non si insisterà mai

⁽¹³⁷⁾ Questa l'emblematica avvertenza scoperta nella cinquecentesca mappa relativa al popolo di "S. Piero di Bugiala" (Archivio di Stato di Firenze, Carte dei Capitani di Parte Guelfa, Mappe di popoli e strade). Nella quale non mi sarei ovviamente mai imbattuto, se proprio questo frammento non avesse abbellito il cartellone destinato a pubblicizzare la mostra fotografica "La casa rurale nel Chianti" (Radda in Chianti, aprile-maggio 1978).

troppo sull'importanza di questa inversione di rotta. Sull'urgenza di muovere da una società, che il giurista deve necessariamente conoscere anche nei suoi aspetti meno edificanti, nelle sue tensioni e nelle sue contraddizioni. Conoscendola, ne potrà parlare con maggior competenza. E soprattutto potrà valutare fino a che punto le regole giuridiche corrispondano davvero alle richieste che si levano dalla società. Non gli sfuggirà allora, che talune regole accolgono integralmente richieste di tutta la società; che altre rispondono a sollecitazioni della maggioranza; e che altre ancora, senza dar troppo nell'occhio e facendo capo ad artifici, che dovranno venir chiamati con il loro nome, privilegiano unilateralmente gruppi magari minoritari, ma socialmente potenti, persino determinanti. L'esito potrebbe alla fine risultare poco lusinghiero, perché sconfessa e forse anche sconsacra l'immagine sublime del diritto imparziale. Sarà magari meno consolatoria e venerabile, ma anche più credibile.

DAL CAPOLINEA

Un primo e sommario consuntivo

“Ti piace viaggiare?
Se impoverisce.
Che vuoi dire?
Se libera dal superfluo”.

F. BIAMONTI, *Le parole la notte*, 1998, p. 39

I. L'esempio dei poeti. — II. Dalla 'prima' alla 'seconda' vita del diritto romano. — III. L'umanesimo giuridico: *cum philologia et historia*. — IV. La scuola 'storica'. — V. Primi risultati: la valenza della 'storia' nel vecchio sistema delle fonti. — VI. E quando emerge il codice? — VII. Dualismo delle fonti e sue conseguenze. — VIII. Il codice del diritto comune. — IX. Fra continuità omofonica e rinnovamento giuridico. — X. Una terza via. — XI. Tre punti fermi. — XII. *The backward look*. — XIII. Il cantiere rimane provvisoriamente aperto.

I. *L'esempio dei poeti.*

Gli storici del diritto frequentano volentieri i poeti. Sono affascinati, talora persino folgorati, dalle loro intuizioni. Che dunque sempre più spesso introducono, puntellano, riassumono testi storici ⁽¹⁾. Sarebbe facile documentarlo, citando casi concreti, persino

⁽¹⁾ Esempi recentissimi li offrono I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. XV, oppure D. GRÜNBEIN, *Vom Terror*, in *Rg/Rechtsgeschichte* 4, 2004, p. 137 ss. Alludono alla connessione qui sottesa, quella fra immaginario poetico e creazione giuridica, ad es. A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 61-62; R. DE GIORGI, *Heinz von Foerster (1911-2002). Eine Beobachtung*, in *Rg/Rechtsgeschichte* 2, 2003, p. 161 ss.; M. KLOEPFER, *Dichtung und Recht*, Berlin 2008. Non rientrano invece nell'ambito qui descritto l'attività poetica di giuristi, noti o meno noti, o il ragionare giuridico di poeti. Che tratta con competenza e dovizia di dettagli E. WOHLHAUPTER, *Dichterjuristen* (a cura di H.G. Seifert, tre volumi, Tübingen 1953-1957). Parimenti non si allude ai casi, peraltro rari, ove storici del diritto

allegando statistiche. Ma resta difficile sia specificare le ragioni di questa innegabile attrazione, che appurare l'influsso di questa frequentazione sul rigore dei testi, sulla loro forza di persuasione. Dobbiamo perciò accontentarci di congetture. Rinviano tutte ovviamente a quelle 'qualità' del discorso poetico, che agli storici purtroppo mancano, anche se farebbero loro comodo.

Penso — per citare un primo esempio — allo sguardo lucido e chiaroveggente, che permette al poeta di riconoscere con lungimiranza sintomi e presagi, di leggersi — con largo anticipo — i segni dell'ineluttabilità (2). Lo fu certamente quello di James Joyce, che già nel 1904 aveva pronosticato il collasso del sistema della libera concorrenza (3). Oppure di Paul Valéry, che in un notissimo (ed amaro) scritto del 1931 aveva percepito con grande consapevolezza lo spegnersi del vecchio mondo — caratterizzato dall' "isolement des événements" — e l'istaurarsi di quella interdipendenza globale, ove tutte le parti del mondo "se reliant nécessairement entre elles de plus en plus" (4). Con conseguenze oramai difficilmente pronosticabili ma, nel dubbio, tutt'altro che rassicuranti.

Ma potrebbe anche essere il dono di abitare lo spazio che separa la luce dall'oscurità, quel dono che permette al poeta di recuperare quanto le nostre frettolose selezioni relegano volentieri nel limbo della penombra. Qui il pensiero corre alla visione della notte, vissuta quale "subterfuge fait pour nous ouvrir les yeux/sur ce qui reste irrévéle tant qu'on l'éclaire" (5), ed all'invito, pressante ed inequivoco, che ce ne viene.

vengono ricordati (o letti) in una prospettiva poetica. Proprio così, come un nostro Maestro ebbe qualche anno fa a ricordare il suo Maestro: "... Sapeva guardare ai grandi momenti del diritto antico, pur restando giurista, con gli occhi del poeta; e solo gli occhi del poeta riescono a leggere la vita in quei monumenti funerali che sono le testimonianze scritte di un passato sceso nella tomba" (E. CORTESE, *A vent'anni dalla scomparsa di Francesco Calasso*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 58, 1985, p. 5-17, la citazione a p. 17).

(2) Ne ha parlato recentemente L. GUSTAFSSON, affermando: "Die Dichter haben nun einmal etwas von einer Pythia" (*Neue Zürcher Zeitung* 11-12 dicembre 2004, p. 53).

(3) "The competitive order is employed against itself": J. JOYCE, *A portrait of the Artist as a Young Man*, a cura di Ch. Anderson, London 1968 (reprint 1977), p. 266.

(4) P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, Paris 1931, p. 37 ss., 64 ss., le due citazioni a p. 37.

(5) P. JACCOTTET, *L'ignorant. Poèmes 1952-1956*, Paris 1957, p. 27.

Senza dimenticare la malinconica presenza, che fa dei poeti notai del tramonto: attenti a chiamare per nome un'ultima volta tutte quelle 'cose', che l'evoluzione o il 'progresso' stanno oramai accantonando: "... i poeti (...) sono là, per accomiarsi da loro, per ricordarle agli uomini (...) prima che siano estinte. Per scrivere i loro nomi sull'acqua; forse su quella stessa onda levata che fra poco le avrà travolte" (6).

A me basterebbe comunque quella magica breviloquenza, alla quale amano ricorrere i poeti per catapultarsi in un batter d'occhio *in medias res* (7). Il dialogo di Francesco Biamonti, che ho citato in epigrafe, me ne offre un esempio eloquente (8). Vede nel viaggio un evento significativo, ma solo se smaterializzante e quindi liberatorio. Una transizione che libera lo sguardo, costringendolo a fissare le cose essenziali. Questo dialogo laconico, insieme con la metafora che gli è discretamente sottesa, mi sembrano ritagliati su misura per riassumere (anche) la mia esperienza didattica. Un lungo vagabondaggio, durato più di trent'anni, *à la recherche* non propriamente *du temps perdu*, ma di una risposta sempre più stringente, possibilmente definitiva — ed in questo senso anche liberatoria — all'unico, vero, grande, incalzante, ineludibile interrogativo: *perché e come?* Penso ovviamente: *perché e come* professare questa disciplina storica — da sempre corteggiata e osteggiata, ammirata e derisa, quindi eternamente in bilico, eternamente problematica — in una facoltà di giurisprudenza? Oggi, giunto provato ma incolume al capolinea, ove *jadis* si cambiavano i cavalli, vorrei scrutare un'ultima volta la strada percorsa, parlare serenamente di questo viaggio e, *en passant*, spiegare se ci riesco, perché questa disciplina esiste tuttora. Anche se, in

(6) C. CAMPO, *Gli imperdonabili*, Milano 1987, p. 149 (rispettivamente 113).

(7) E. POUND, *ABC of Reading*, London 1961, p. 36-37, 92, 96-97. A cui corrisponde la traduzione di Cristina Campo: "Poesia è l'arte di caricare ogni parola del suo massimo significato" (C.C., *La tigre assente*, Milano 1991, p. 240).

(8) Francesco Biamonti (1928-2001) fu autore di romanzi di culto (*L'Angelo di Avrigue*, *Vento largo*, *Attesa sul mare*, *Le parole la notte*). Furono pubblicati postumi *Il silenzio* (Torino 2003, che attirò pure l'attenzione di Mario Bretonne, vedi Belfagor LVIII, p. 761) e la raccolta di *Scritti e parlati* (a cura di G.L. Picconi e F. Cappelletti, Torino 2008). Sul dialogo ricordato nell'epigrafe vedi quanto si precisa proprio in quest'ultima raccolta, p. 100.

tempi recenti, talune cose sono cambiate e altre scomparse, che a lungo ne avevano garantito l'indiscutibile esistenza.

II. Dalla 'prima' alla 'seconda' vita del diritto romano.

Per riuscire nel mio intento non è necessario ripercorrere tutta la storia della disciplina accademica ⁽⁹⁾. Mi basta ricordare quei momenti ai quali rinvia più o meno esplicitamente la situazione attuale. Non sembri tuttavia superfluo un rapido accenno all'origine storica della moderna scienza giuridica. Rivela infatti — e spesso lo si dimentica — che i grandi classici romani, i protagonisti del primo aureo periodo della nuova scienza, non concessero spazio speciale all'argomentazione storica, quindi nemmeno la insegnarono con particolare impegno ⁽¹⁰⁾. Come si ricordò più tardi, peraltro con grande disinvoltura, essi non amavano aggrapparsi alle opinioni di

⁽⁹⁾ Alla quale rinviano, spesso scavando in profondità, opere disparatissime ma quasi sempre utili. Ricordo esplicitamente almeno queste: H. KANTOROWICZ, *Die Epochen der Rechtswissenschaft* (1914), ora in H.K., *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe 1970, p. 1-14; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 416 ss.; H. PETER, *Die juristische Fakultät und ihre Lehrfächer. Ein geschichtlicher Überblick*, Studium Generale 16, 1963, p. 65-76; P. LANDAU, *Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte*, in ZNR 2, 1980, p. 117-131, specialmente 128 ss.; A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia del derecho*, in J.J. Ferreiro-J. Miquel-S. Mir-P. Salvador (a cura di), *La enseñanza del derecho en España*, Madrid 1987, p. 122-134; A. PADOA-SCHIOPPA, *Intervento* in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 103 ss.; N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris 1998, p. 33 ss.; J.-L. HALPÉRIN, *L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?*, in *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 4, 2000, p. 9-32; D. KLIPPEL, *Ideen-Normen-Lebenswelt*, p. 179-191; IDEM, *Rechtsgeschichte*, p. 127 ss.

⁽¹⁰⁾ Decisamente pionieristico lo scavo di P. LOTMAR, *Contravindicatio*, p. 4-33. Discussione serena dei vari punti di vista finora adottati in R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 178 ss. Semplici allusioni a singoli aspetti della (complessa) problematica in A.F.J. THIBAUT, *Über die sogenannte historische und nicht historische Rechtsschule*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 21, 1838, p. 394-419, specialmente 411-412; G. EDLIN, *Das römische Recht und die Gegenwart*, in *Wissen und Leben* 16, 1922-1923, p. 505-521, specialmente 515 ss.; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 189-190; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova 1999, p. 170; G. BROGGINI, *Significato della conoscenza storica del diritto per il giurista vivente*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 59-73, specialmente 61.

un autore del passato ⁽¹¹⁾, né privilegiavano lo sguardo retrospettivo ⁽¹²⁾. Semplicemente non ne vedevano la necessità ⁽¹³⁾, impegnati com'erano non tanto a decifrare antichi manoscritti o a rivisitare vecchi monumenti, quanto — dall'alto del loro scranno — a dirimere vertenze ⁽¹⁴⁾. Erano evidentemente in grado di gestire, applicare ed aggiornare il loro diritto senza doverne interrogare il passato. E a nessuno venne in mente di redarguirli per questo motivo ⁽¹⁵⁾.

Mille anni più tardi, allorché a Bologna fu celebrata la prima *renaissance* del diritto romano ⁽¹⁶⁾, il quadro era molto diverso. Perché ora, al centro dell'attenzione stavano antichissimi reperti. Da

⁽¹¹⁾ J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, Vorwort zur ersten Auflage, p. XI.

⁽¹²⁾ W. MUNZINGER, *Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzbuches*. Ein Gutachten an das Tit. Justiz- und Polizeidepartement des Schweizerischen Bundesrates, Bern-Solothurn 1862, p. 24. Letteralmente: "Allein, was diese Römer auszeichnete, war, dass sie selbst nicht auch noch einmal ein Jahrtausend zurückblickten ...".

⁽¹³⁾ Bluntschli riassume così il suo ragionamento: "Sie (i.e. i giuristi romani) waren sich vielmehr bewusst, selbst Autorität zu sein, weniger noch weil der Kaiser sie mit solchem Ansehen ausgerüstet hatte, als weil sie geistig und moralisch befähigt waren, als Kenner des Rechts dasselbe selbständig zu finden und zu bezeugen" (*Deutsches Privatrecht*, Vorwort zur ersten Auflage, p. XI).

⁽¹⁴⁾ Così J.P.A. FEUERBACH, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung* (1816), qui citato secondo la versione in *Kleine Schriften vermischten Inhaltes*, 1833, p. 133 ss., specialmente 145-146: "Der römische Rechtsgelehrte sass bekanntlich nicht als Geschichts- und Altertumsforscher hinter alten Denkmälern und Manuskripten, sondern auf dem Marktplatz, oder zu Haus unter den Klienten, oder auf dem Gerichtsstuhl oder in dessen Nähe (...) Der Römer hatte nicht erst den Rechtsleichen eines vor einem Jahrtausend untergegangenen Volkes zu zergliedern, um denselben bey sich von neuem künstlich zusammenzusetzen und wieder zum Scheinleben aufzuwecken". Versione leggermente modificata di questo passo anche nella silloge di E. WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1949, p. 293.

⁽¹⁵⁾ P. LOTMAR, *Contravindication*, p. 30.

⁽¹⁶⁾ Essendo oggi oramai inevitabile suddividere l'avventurosa epopea dello (stesso!) diritto (romano) classico in diversi periodi, ognuno introdotto da una *renaissance* e suggellato dal relativo declino (mentre R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 3 e 6, condividendo preferenze espresse da H. Kooiker in un'opera del 1996, sulla quale tornerò, parla di una terza rinascita durante il secolo XIX, P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 75 vide nell'affermazione della pandettistica "mindestens die vierte Renaissance des römischen Rechts"), è utile precisare, di volta in volta, a quale periodo il discorso si riferisce. Se non altro per non incorrere in confusioni imbarazzanti. Sull'abitudine — discutibile fin che si vuole, ma non già per questo fatto da condannare — di leggere l'evoluzione storica quale ininterrotta sequenza di rinascite e declini, vedi *supra*, p. 111.

poco riscoperti, disposti accuratamente nel *Corpus iuris*, proponevano ai giuristi *sacra*, che occorreva conservare con ogni immaginabile cura. Costituivano quella cava, rispettivamente *minera* ⁽¹⁷⁾, alla quale i sapienti ricorrevano per estrarne materiali che poi, debitamente elaborati, rifluivano nel diritto positivo ⁽¹⁸⁾. Appare indicato caratterizzare di conseguenza la scienza giuridica medievale, ritenerla perciò *storica*, ossia non insensibile al peso del passato. Di un passato che veniva costantemente esplorato per capire quali suoi frammenti erano rimasti a galla — perché *usu recepti* — e in che relazione stavano con altre fonti, quelle ad esempio locali, di origine più o meno contemporanea.

Non era dunque astratto amore per l'antichità, o una passione storico-filologica, quello che spingeva i giuristi medievali a nutrirsi di storia. Ma il desiderio di rivalutarne qualche frammento e di servirsene per motivi pratici, quindi per risolvere controversie giuridiche del loro tempo. L'*interpretatio*, nella quale si vide a lungo l'epicentro della *scientia legum*, doveva mediare fra passato e presente. E lo faceva quasi vi fosse predestinata, essendo "inter aequitatem iusque interposita" ⁽¹⁹⁾. Una preliminare conferma 'storica' e una successiva *interpretatio* funzionale al presente, quindi non raramente dialet-

⁽¹⁷⁾ Metafora della quale si serve Cino da Pistoia, *Codex* 1, 14, 1 (così citato da C. PETIT-J. VALLEJO, *La categoria giuridica*, p. 737 e 750, nota 87. Vedi in merito anche P. COLLIVA, *Diritto romano e realtà giuridica. L'esperienza storica in Italia*, in *Il Mulino* 19, 1970, p. 444-467, specialmente 457-458 (e ora pure negli *Scritti minori* dello stesso autore, Milano 1996, p. 515-542, specialmente 532).

⁽¹⁸⁾ Fondamentali in merito C. PETIT-J. VALLEJO, *La categoria giuridica, passim*.

⁽¹⁹⁾ *Cod. Just* 1, 14, 1, a cui si riferiscono C. PETIT-J. VALLEJO, *La categoria giuridica*, p. 752, 754. Sulla potenza creatrice della *interpretatio* insistono con mille ragioni ad es. P. KOSCHAKER, *Die Krise, passim* e specialmente 21, 26-29, 40-41, 52; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969; IDEM, *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge*, in *Archives de philosophie du droit* XVII, 1972, p. 99-113; A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et documenta Historiae et Iuris* XLIV, 1978, p. 95-138; IDEM, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, p. 13-14; IDEM, *Storia dell'Europa e diritto*, p. 33-35; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 22-23; IDEM, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, *ZRG Romanistische Abteilung* 111, 1994, p. 66-94.

tica ⁽²⁰⁾, delle antiche fonti contrassegnavano — collegandosi — la scienza giuridica medievale e culminarono talvolta in equivoci intelligenti e produttivi ⁽²¹⁾, da sempre *partim* biasimati e *partim* ammirati. Documentarono mirabilmente due cose molto diverse: la creatività di questa nuova disciplina ⁽²²⁾ non meno che la verità di quell'antica massima, secondo la quale non è possibile “appropriarsi di un bene spirituale estraneo senza, al tempo stesso, adeguarlo alle

⁽²⁰⁾ Sulla mancanza di senso storico-critico nei glossatori ragionano U. GUALAZZINI, *Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale*, Seconda ed. riveduta ed ampliata, Milano 1958, *passim* e specialmente p. 51 ss. e 63; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 60-68; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 29-30; W. EBRARD, nella ZSR NS 67, 1948, p. 114.

⁽²¹⁾ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 45, 84-85; F. CALASSO, *Introduzione*, p. 188 ss., 192 ss.; M. SBRICCOLI, *Interpretazione*, p. 114 ss.; A. BÜRGE, *Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa*, in F. Ranieri (a cura di), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*. Beiträge aus der Universität des Saarlandes, Baden-Baden 2002, p. 19-40, specialmente 27-28; R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, p. 246. È possibile che la distinzione fra *dominium utile* e *dominium directum* rappresenti sempre ancora l'esempio più conosciuto del fenomeno qui all'esame, e questo grazie ad una serie quasi interminabile di eccellenti analisi storiche. Fra le quali emergono: E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig 1883, p. 97-101; C.F. ROSSHIRT, *Dogmengeschichte des Zivilrechts*, Heidelberg 1853, p. 188-190; V. SIMONCELLI-B. BRUGI, *Della enfiteusi*, I, Seconda edizione, Napoli-Torino 1922, p. 124-130; T. MAYER-MALY, *Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte*, in *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF Band 140, Berlin 1984, p. 25-40; W. WAGNER, *Die Privatisierung des Lebensrechts*, in W. Selb-H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien-Graz-Köln 1980, p. 226-247, segnatamente 240-243; D. STRAUCH, *Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart*, in G. Baumgärtel-H.-J. Becker-E. Klingmüller-A. Wacke (a cura di), *Festschrift für H. Hübner zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York 1984, p. 273-293 (ed ora pure in *Kleine rechtsgeschichtliche Schriften. Aufsätze 1965-1997* dello stesso autore, Köln-Weimar-Wien 1998, p. 102-123).

⁽²²⁾ F. CALASSO, *Introduzione*, p. 10 ss., 17-23, 188, 192; IDEM, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 16, 33, 216; IDEM, *Recensione* dell'opera di E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935, pubblicata da ultimo negli *Annali di storia del diritto* 9, 1965, p. 569-573; IDEM, *Storicità del diritto*, 210 ss., 216 ss. Riassume egregiamente la valenza creatrice dell'equivoco J.C. Bluntschli quando afferma che, nella sua prospettiva ancora tutta marcata dal dualismo diritto romano-diritto tedesco “gar nicht selten in dem missverstandenen römischen Recht der Practiker ein Kern modernen Rechtsgefühls enthalten war, ihre römischen Irrthümer waren zuweilen deutsche Wahrheiten” (J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, Vorwort zur ersten Auflage, p. X).

proprie esigenze e trasformarlo secondo il proprio modo di sentire” (23).

Il Medio Evo ci appare dunque, in questo rapido sguardo retrospettivo, epoca nella quale il diritto emerge ‘feudalmente’, ossia di regola all’esterno di strutture ‘statuali’ (24). Fiorisce in una grande varietà di fonti, disposte apparentemente in ordine sparso. Saremmo perciò tentati di dire: come voleva un ‘modello’ caotico ed imprevedibile. Si tentò di ovviarvi elaborando un’apposita dottrina (25). Non intendeva imporre un *ordo* collocando le fonti secondo una gerarchia tassativa (26), ma incaricò il giudicante di collegare passato e presente, districandosi fra fonti disparate e spesso contrastanti, ovunque ponderando accuratamente. Fermo restando che la soluzione era sempre da conseguire *sub specie interpretationis* (27).

(23) P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, p. 477 (e nella versione originale tedesca, p. 282). Impressiona il fatto che questa (condivisibile) tesi abbia anticipato di mezzo secolo l’avvento della rivoluzione ermeneutica!

(24) Fatto recentemente sottolineato più volte da P. GROSSI, vedi ad es. *Assolutismo giuridico*, p. 275 ss. (*Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*). Si riferisce esplicitamente a questa prospettiva G. DILCHER, *Recht ohne Staat-Rechtsdurchsetzung ohne Staat? Überlegungen zur Rolle der Zwangsgewalt im mittelalterlichen Rechtsbegriff*, in *Quaderni fiorentini* 30, 2001, p. 139-158.

(25) Sul sistema delle fonti elaborato dalla dottrina medievale vedi *infra*, p. 171 ss., 184.

(26) Come si premurerà invece di fare l’ordine codificatorio. Parecchi autori colgono perciò nitidamente la diversità che — sul punto — caratterizzava i due sistemi delle fonti. Vedi ad esempio P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, p. 65, 170, 286; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 3; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 418-419; P. CARONI, *Saggi*, p. 193; IDEM, *Statutum et silentium*, p. 143-146.

(27) G. GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulat pari passu. La consuetudine nei diritti italiani del Basso Medio Evo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 58, 1985, p. 19-55, specialmente 31, 46-47, 53-55; C. PETIT-J. VALLEJO, *La categoria giuridica*, p. 739. All’unificazione ‘giurisprudenziale’, tipica dell’epoca moderna, hanno dedicato ricerche approfondite G. GORLA, *Unificazione ‘legislativa’ e unificazione ‘giurisprudenziale’. L’esperienza del diritto comune*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell’unificazione*. Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari, 2-6 aprile 1975, Milano 1979, volume I, p. 470-511; IDEM, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati. Disegno storico-comparativo*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti

III. *L'umanesimo giuridico: cum philologia et historia.*

Anche l'umanesimo confidò in una sua *iunctio*: “cum philologia et historia”⁽²⁸⁾ intese infatti affrontare quel passato, al quale i giuristi medievali avevano aderito in blocco e che tentavano ora di rideclinare con accorgimenti dialettici. E per essere ancora più espliciti: la filologia trascinò nella storia, squadro dunque ora con occhi diversi la genesi delle fonti giuridiche, di quelle antiche come di quelle recenti. Ne scoprì il condizionamento spazio-temporale, quindi l'inevitabile storicità⁽²⁹⁾. È vero che lo sguardo critico degli umanisti non cadde solamente sui testi classici⁽³⁰⁾; ma è altrettanto vero che proprio in questo ambito, massime rileggendo appunto filologicamente le Pandette, raggiunse vette eccelse. All'edizione medievale, alla cosiddetta *vulgata*, gli umanisti contrapposero infatti una loro edizione critica⁽³¹⁾. Svelava impietosamente un'altra scaturigine, tutta terrena ed umana, quindi contingente, della compi-

del III Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, Firenze 1977, I, p. 447-532; IDEM, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981; IDEM, *Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in A. Giuliani-L. Picardi (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, I, *Documentazione storica*, 1985, p. 329-470; M. ASCHERI, *Rapporto Italiani* in H. Coing (a cura di), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, volume II, seconda parte, München 1976, p. 1113-1221; IDEM, *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1995, specialmente 85 ss., 185 ss.; IDEM, *Gino Gorla tra diritto e storia: per il diritto comune europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 44, 1990, p. 945-962. Conciso e centrato lo sguardo riassuntivo di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 85-93.

⁽²⁸⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 193, 607-608; D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 133-134.

⁽²⁹⁾ Nella quale si tende oggi a vedere l'intuizione centrale dell'umanesimo giuridico: R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 197 ss., 613 ss., 628 ss.; D. MAFFEI, *Gli inizi, passim* e specialmente 22, 98, 116, 153; M. BRETONE, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, ora in *Diritto e tempo*, p. 235-251; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 7 ss. Ma a ben guardare già P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 113 se n'era ampiamente accorto.

⁽³⁰⁾ Raggiungiano sui singoli aspetti del rinnovamento sognato dagli umanisti R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 156; A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 149-152.

⁽³¹⁾ Su questa nuova versione, elaborata a partire dalla *littera florentina*, rispettivamente *pisana*, vedi D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 84 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 194-195. Sull'attività editrice svolta dagli umanisti informa H.E. TROJE, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in H. Coing (a cura di), *Handbuch*, volume II, prima parte, München 1977, p. 615-795, specialmente 645 ss.

lazione giustiniana. E come in una reazione a catena oramai inarrestabile, questa prima scoperta stimolò altre ricerche, incoraggiò nuove critiche ⁽³²⁾; misero ben presto a nudo aspetti che scuotevano la fiducia dei giuristi nel valore eterno del *Corpus iuris* e che distruggevano in tal modo l'adesione — globale ed incondizionata — che i giuristi medievali gli avevano ognora riservato ⁽³³⁾. La disomogeneità (per non dire casualità) della tradizione e delle fonti ⁽³⁴⁾; le maldestre manipolazioni di Triboniano e del suo personale ⁽³⁵⁾; l'inadeguatezza materiale di molte regole e di molte soluzioni ⁽³⁶⁾: tutte queste imbarazzanti scoperte scongiurarono ora dal rifugiarsi nell'*auctoritas* ⁽³⁷⁾ del *Corpus iuris*, e dal condividere ulteriormente la pretesa di garantirgli una vigenza universale ⁽³⁸⁾. Ove poi le condizioni politiche locali sembravano propiziare una rapida realizzazione dei postulati umanistici, come ad esempio in Francia ⁽³⁹⁾, la critica andò oltre e sfociò nella rivendicazione di un

⁽³²⁾ V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale*, p. 16, 167; IDEM, *Aspetti*, p. 33, 49-50, 166-167.

⁽³³⁾ Criticano l'atteggiamento dei giuristi medievali R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 156 ss.; V. PIANO MORTARI, *Aspetti*, p. 36 ss., 47-48; D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 22, 33, 38, 42, 49.

⁽³⁴⁾ V. PIANO MORTARI, *Aspetti*, p. 35.

⁽³⁵⁾ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 107; D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 38-39, 44-45, 60-63, 106-107; V. PIANO MORTARI, *Aspetti*, p. 7-8, 35-36, 59 ss., 105 ss.

⁽³⁶⁾ D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 77, 156-157; V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale*, p. 16, 167-168.

⁽³⁷⁾ D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 40; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 614, 618; V. PIANO MORTARI, *Aspetti*, p. 54-55, 77, 166-167.

⁽³⁸⁾ D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 70 ss., 153 ss., 163-164.

⁽³⁹⁾ L'umanesimo nacque e si affermò proprio quando la crisi dell'idea imperiale e la riforma religiosa sanzionarono il tramonto dell'universalismo politico e religioso. Il che indirettamente fa pensare ad una facile identificazione del movimento con l'emergere dell'idea di stato nazionale e con l'assolutismo politico. Identificazione magari condivisibile, anche se l'ambivalenza inerente sia al diritto romano che a quello locale-nazionale consiglia la prudenza. Come insegna del resto proprio l'evoluzione francese, così esemplarmente ricostruita da J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idée et croyances politiques en France XIIIe-XVe siècle*, Paris 1993; IDEM, *Le droit romain "droit commun de la France"*, in *Droits* 38, 2003, p. 21-35; IDEM, *La réception du droit romain en France. Ancora la bulle Super speculam*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique* 28, 2008, p. 227-262.

diritto moderno, attento anche alle istanze locali, per non dire nazionali (40).

Potremmo riassumere questo periodo ricordando che anche il programma umanistico vide nella storia il mezzo per conseguire un rinnovamento globale del diritto. Non doveva però consolidare il passato, ma favorirne la storicizzazione, ossia quell'operazione, che permise poi di smontare il monumento giustiniano. Il desiderio di accantonarlo *anche* quale centro indiscusso del sistema delle fonti era dunque logico. Non sorprende perciò che proprio taluni umanisti francesi abbiano ripetutamente postulato, nel corso del XVI secolo, una codificazione del diritto. A tanto ardirono, poiché convinti che solo nell'ambito di un nuovo sistema delle fonti sarebbe stato possibile soppiantare definitivamente l'universalismo romanistico ancora imperante (41).

IV. *La scuola 'storica'.*

Scavalchiamo — non senza qualche esitazione (42) — l'epoca giusnaturalistica e l' "eclissi della storicità" (43), che le fu congeniale, e sbocchiamo nel XIX secolo. I giuristi ritengono — non senza autorevoli ragioni — che esso sia fondamentalmente connotato dalle

(40) Sul nesso fra la storicizzazione del diritto romano e l'attenzione ora finalmente rivolta all'ottica giuridica *locale* v. D. MAFFEI, *Gli inizi*, p. 28, 61, 63, 162 ss., 176, 186, 189.

(41) La centralità della strategia codificatrice nel programma di rinnovamento sotteso all'azione umanistica è ampiamente documentata dall'impegno di François Hotman, sul quale orientano V. PIANO MORTARI, *Aspetti, passim* e specialmente p. 78, 82, 94, 96, 189; IDEM, *Diritto romano e diritto nazionale*, p. 3, 45-46, 66, 101 ss., 106, 124 ss., 165; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 35 ss.; P. CARONI, *Saggi*, p. 14-15; IDEM, *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 32-33.

(42) Esitazioni tutto sommato ovvie. Se è vero infatti che le teorie giusnaturalistiche furono elaborate e crebbero in uno specifico contesto storico, è altrettanto vero che lo storicismo non concluse drasticamente la stagione giusnaturalistica. Che invece (ri)fiorì anche nel nuovo contesto, com'è stato recentemente documentato dalle ampie ricerche promosse da D. KLIPPEL. Vedi ad es. *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung*, Goldbach 1997; *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.-19. Jahrhundert)*, München 2006.

(43) Questa l'azzeccata locuzione di R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 202, 207 ss., 641-642.

diverse dottrine della scuola storica. Alla quale si fa comunemente risalire anche l'emergere di „una storia del diritto in senso moderno“ (44). Cosa le fosse peculiare, è subito detto: non ogni e qualsiasi attenzione dedicata al passato giuridico (45), ma proprio solo quella che corrispondesse alle inclinazioni e ai programmi di Savigny. Persino tendenze ed attività che a ben vedere erano germogliate dall'*humus* savignyano, ma poi più tardi tanto o poco se ne scostarono, caddero sotto i colpi del rigorismo del fondatore: non le condannò, ma le squalificò, fino ad emarginarle. Gli esempi non mancano.

a) Dapprima fu la volta di quei pochi seguaci della scuola (46) che non vollero mai occuparsi di problemi storici in funzione del diritto vigente, ossia per influenzarne comechessia la realizzazione pratica (47). Savigny li apostrofò, chiamandoli 'antiquari' e li trattò sempre con visibile disprezzo (48). Approfondivano singoli aspetti del passato giuridico con grande impegno euristico, quindi sempre facendo capo a criteri di giudizio contemporanei alle fonti trattate. Dimostrando anche a tal modo di considerarlo, questo passato, irrimediabilmente concluso. *L'art pour l'art?* Magari. O forse solo un'altra forma di storia giuridica, non priva di grande dignità. Che persino Savigny, probabilmente *contrecoeur*, dovette riconoscere

(44) P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, p. 193 (e nella versione originale tedesca p. 111).

(45) Massime non quella tributatagli da Thibaut. Che a differenza di Savigny non setacciava la storia alla ricerca di *quel* diritto che era da ritenere tuttora valido, quindi applicabile, ma si accontentava di gettare luce *ex post* su quanto fosse già stato promosso a diritto positivo da un'altra istanza o in capo ad un'altra procedura. Non se la sentiva quindi di condividere l'ottimismo savignyano, grazie al quale "das historisch entstandene eben deswegen wahr sei, also dem Tadel nicht ausgesetzt" (A.F.J. THIBAUT, *Über die sogenannte historische Schule*, p. 408).

(46) P. CARONI, *Saggi*, p. 165 ss., specialmente 172.

(47) Così, polemicamente, Karl v. Amira nella sua prolusione accademica del 1876. La cita S. GAGNÉR, *Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft*, in S. Gagnér-H. Schlosser-W. Wiegand (a cura di), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln-Wien 1975, p. 276-450, la citazione a p. 293. Ma vedi in merito anche *supra*, p. 113-114.

(48) P. CARONI, *Il codice rinviato*, p. 277-280; IDEM, *Occhiuto ma non troppo: Savigny in Italia*, in *Quaderni fiorentini* 30, 2001, p. 723-733, specialmente 728, nonché *infra*, p. 180-181.

come quella vera, “die eigentliche” (49), anche se contrastava con le sue preferenze. Queste sue preferenze erano notoriamente rivolte “au temps de l'imparfait, entendu comme un passé en marche dont l'origine se perd dans la nuit des temps et dont la fin n'est pas encore annoncée” (50). Passato e presente erano indissolubilmente imbricati, nessun invalicabile confine poteva separarli. L'insieme delle regole che costituivano il diritto positivo risultava perciò da un'attenta analisi della tradizione (51). In quest'ottica l'analisi storica era indispensabile, rendeva un servizio necessario, quindi *costitutivo*, sia in ordine alle rivendicazioni politiche che a quelle più strettamente giuridiche (52). Anche se, a ben vedere, la sua vocazione era preliminare, in un certo senso esterna, se non proprio ininfluenza sull'esito di una concreta vertenza. Si accontentava infatti di indicare le pietre non ancora scartate dal tempo, quindi idonee a costruire il *System*, lasciando poi libero l'autore di combinarle secondo il proprio progetto (53). Anche ammettendolo esplicitamente, la distanza fra questa ‘storia’ e quella praticata dagli antiquari era siderale. L'emarginazione loro inflitta da Savigny appare perciò severa, ma anche inevitabile (54).

b) Il sistema delle fonti condiviso da Savigny, e da lui magi-

(49) F.C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1, 1815, p. 1-17, la citazione a p. 14.

(50) F. OST, *Le temps du droit*, Paris 1999, p. 71 (ma in questo senso già a p. 67).

(51) Così Koschaker interpretò, secondo me rettamente, Savigny: *Die Krise*, p. 24-26, 37; IDEM, *Europa und das römische Recht*, p. 267, 270-272, 275.

(52) Letteralmente: “Bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts hatte die Historiographie ganz pragmatische Zwecke. Sie diente der Erziehung und der Erhebung der Jugend, der Fundierung von politischen und juristischen Ansprüchen und der Sammlung von Erfahrungen und Beispielen”: così H. FENSKE, *Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft*, in D. Grimm (a cura di), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, II, München 1976, p. 35-52, la citazione a p. 37. Ragione per cui i giuristi erano allora da ritenere “zugleich Rechtshistoriker und Rechtspolitiker”, come ha ricordato recentemente I. KROPPENBERG, *Amnesie und Autorität*, p. 62.

(53) P. CARONI, *Occhiuto ma non troppo*, p. 726-730.

(54) La giustifica, condannando implicitamente l'impegno degli ‘antiquari’, P. LOTMAR, *Contravindication*, p. 31-33. Ancora più drastica fu la reazione di Gustav Geib: vide infatti nemici e traditori in tutti quegli autori, che avevano apprezzato le ricerche degli ‘antiquari’, persino li ritenevano quali veri depositari del messaggio della scuola storica. Vedi G. GEIB, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20. Sul punto anche P. CARONI, *Saggi*, p. 167-168.

stralmente difeso nello scritto del 1814, era lentamente emerso in epoca medievale ⁽⁵⁵⁾. Suddivideva le fonti in due categorie (*ius commune* e *ius proprium*) ed allentava la tensione fra esse, che inevitabilmente nasceva, favorendo — senza dar troppo nell'occhio, ma efficacemente — il diritto comune. Bastava imporre al giurisdicente di leggere ed interpretare lo *ius proprium*, che generalmente veniva applicato in prima battuta, alla luce degli schemi elaborati dalla scienza del diritto comune. Dal che si evince facilmente come la dottrina e la prassi medievali *non* considerassero diritto *proprium* e *commune* alla stregua di due ordinamenti paralleli, dai quali fosse lecito prelevare — secondo modalità precise e quasi rituali — la soluzione concreta. Decisiva era piuttosto anche in questi casi l'*interpretatio*: doveva barcamenarsi, imboccare una strada che tenesse conto delle due realtà, in un certo senso vi corrispondesse, per superare il dualismo. Per cui non è una forzatura vedere nel tutto un sistema (giuridico) misto ⁽⁵⁶⁾. Dilatandosi poi in epoca moderna la

⁽⁵⁵⁾ La ricostruzione storica dell'elaborazione di questo sistema delle fonti, così come la propose decenni fa Francesco Calasso nelle opere già citate (*supra*, nota 22) è da ritenere tuttora autorevole e fondamentalmente convincente. Ma qualche ritocco o aggiustamento è stato ugualmente inevitabile. Vedi in merito B. PARADISI, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso*, in AA.VV., *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia 1980, p. 169-300; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, p. 223 ss.; P. COSTA, "Ius commune", "Ius proprium", "Interpretatio doctorum": Ipotesi per una discussione, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya*. Actes del IV Simposi Internacional Barcelona, 27-27 de maig 1994, Barcelona 1995, p. 29-42; V. CRESCENZI, *Diritto comune: analisi di un concetto, struttura di un'esperienza*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya*. Actes del VIII Simposi Internacional Barcelona, 29-30 de maig 1998, Barcelona 1999, p. 103-172; A. IGLESIA FERREIRÓS, *Ius commune: un interrogante y un adiós*, *ibidem* p. 239-637. Un primo esito di questa rivisitazione potrebbe essere questo: mentre Calasso tendeva a vedere nel diritto comune l'emergere di un'attività legislatrice, oggi si insiste piuttosto su una radice giurisprudenziale (e non tanto legislativa) del primato rivendicato dal (e riconosciuto al) diritto comune. Vedi in merito l'approfondita analisi di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, p. 79-199.

⁽⁵⁶⁾ Ragionare sul primato rivendicato dal diritto comune nell'ambito dell'omonimo sistema delle fonti significa anche scoprire (ed accettare) che si esprimesse secondo modalità oggi del tutto desuete. Come ho tentato di mostrare in *Statutum et silentium*, p. 140-142. Facendo tesoro di quanto ricordato in conclusione della nota precedente, potremmo riassumere così: mentre la legge domina visibilmente l'attuale sistema delle fonti, poiché va *anzitutto* applicata, vige ed incide con largo anticipo su tutte le altre fonti

valenza del diritto locale, ed accontentandosi i giuristi di inforcare gli occhiali del diritto comune per leggerlo, né in Italia né in Germania — ove la giusromanistica prese lentamente piede a far data dal XV secolo — si riuscì tempestivamente a unificare il diritto. Fino alle moderne codificazioni la competenza giusprivatistica rimase perciò prerogativa delle giurisdizioni locali ⁽⁵⁷⁾.

Savigny, come detto, operava sullo sfondo di questo sistema. Ma al momento di aderirvi concretamente alzò il tiro. Perché contrariamente alla prassi medievale e ignorando l'evoluzione in epoca moderna ⁽⁵⁸⁾, privilegiò sempre, sia a livello teorico che pratico, il

(il che viene deprecato da chi accusa il sistema di legolatria, poiché vi vede una eco minacciosa del principio *ubi res publica, ibi lex*), il diritto comune operava nell'ombra, in modo più subdolo e discreto, ma non per questo meno efficiente. Garantiva infatti la coerenza del relativo sistema delle fonti reinterpretando in modo uniforme *tutte* le norme vigenti e concorrenti, che generalmente non erano di origine romanistica. Le passava al vaglio di una interpretazione sapienziale, che inevitabilmente le 'riconduceva' ai principi del diritto classico. Parimenti si potrebbe affermare che la scienza del diritto comune metteva a disposizione gli occhiali, inforcando i quali il giusperito automaticamente ridimensionava le norme interpretate, riducendo o neutralizzando l'eventuale scarto, che ancora le separava dal 'modello' romanistico. Rendersene conto, già per questo motivo, è molto più arduo. Poiché costringe lo storico ad allungare il percorso ed a battere scomodi sentieri.

⁽⁵⁷⁾ Come ricordò, con disarmante trasparenza, un osservatore attento e tutt'altro che indifferente: "Wohl hatte man versucht, in einer Periode am Ende des Mittelalters vor etwa 400 Jahren ähnlichen Zuständen der Verwirrung dadurch zu steuern, dass man das Römerrecht, das *corpus iuris*, herübernahm. Aber nur mit geringem Erfolg. Denn das römische Recht galt bloss an zweiter Stelle, an erster aber das örtliche Recht. Daher ist es gekommen, dass im Laufe der weiteren Entwicklung immer wichtigere Fragen des Rechts nicht durch das Reichsrecht entschieden wurden, sondern durch ein zerklüftetes lokales Recht, und dass seit dem 18. Jahrhundert für weite Gebiete Deutschlands das römische Recht ganz ausser Kraft gesetzt werden konnte und es dort bloss nach Landesrecht ging" (R. STAMMLER, *Soziale Gedanken im bürgerlichen Gesetzbuch*. Aus den Verhandlungen der 5. Hauptversammlung der freien kirchlich-sozialen Konferenz zu Erfurt am 18.-20. April 1900, Berlin 1900, p. 2-16, il frammento citato a p. 2).

⁽⁵⁸⁾ Nel corso dell'età moderna molti fattori concorsero a far vacillare il primato — finora indiscusso — del diritto comune: i cambiamenti del sistema politico; la rivalutazione della valenza delle singole fonti, che inevitabilmente ne derivò; l'avvento dei grandi tribunali e l'unificazione appunto 'giurisprudenziale' che provocarono; e per finire l'inarrestabile dilatazione della legislazione locale, di quella attinente al diritto civile come anche di quella relativa alle funzioni pubbliche. Splendido in merito il profilo di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 51-104. Altri ragguagli stanno in F. CALASSO,

diritto comune veicolato dalla ricezione. Il che significa concretamente: non gli bastò leggere il diritto locale sulla falsariga di quello comune. Lo scalzò letteralmente dal suo posto, a tutto vantaggio della matrice romanistica. Consumato questo colpo di mano, parve indicato e facile rivendicare uno studio *distinto* e *separato* delle due tradizioni: del diritto positivo loro specifico, come del relativo passato. Uno studio che ne riflettesse l'evoluzione autonoma, quindi incontaminata e che ignorasse consapevolmente, o dimenticasse di parlare, dei vicendevoli contatti ed influssi, come anche delle combinazioni già realizzate in passato ⁽⁵⁹⁾. A queste condizioni l'esito di tante fatiche era ampiamente scontato. Consisteva nell'elaborazione di *due* diversi sistemi del diritto privato, autonomi ed autoreferenziali. È vero che Savigny non mancò di esortare ripetutamente i suoi compagni di viaggio germanisti a collaborare alla realizzazione del "piano comune" ⁽⁶⁰⁾. Ma è difficile credere che, dopo aver delibe-

Introduzione, p. 125-126; IDEM, *Storicità del diritto*, p. 115-117, 193. Meno ispirati il *résumé* di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 220 ss. e l'intervento di G. DIURNI, *Osservazioni sul tardo diritto comune in Italia*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya*. Actes del VIII Simposi Internacional Barcelona, 29-30 de maig 1998, Barcelona 1999, p. 197-217. Si analizza un caso concreto dell'evoluzione qui discussa in P. CARONI, *Statutum et silentium*, p. 134-155. Sull'incipiente sgretolamento del sistema delle fonti in sequela alla teoria (ed alla realtà) del diritto nazionale, come si vennero affermando nei secoli XVII e XVIII, vedi K. LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Ius commune* 3, 1970, p. 64-97.

⁽⁵⁹⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz* (1802-1803), ora in F.C.v. SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie* (1802-1842), a cura di Aldo Mazzacane, *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Band 174, Frankfurt a.M. 2004, p. 157-158, 189, 211. La tenacità poco lungimirante di questo atteggiamento traspare poi in modo quasi imbarazzante dalle lettere indirizzate fra il 1838 e il 1839 al discepolo zurighese J.C. Bluntschli (W. Oechsli [a cura di], *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, Frauenfeld 1915, p. 48-49, 51, 67).

⁽⁶⁰⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 94, 140-141; IDEM, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3, 1817, p. 1-52, specialmente p. 6-8, 34-35; IDEM, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, p. 7-8; IDEM, *Besprechung* dell'opera di N.T. GÖNNER, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen 1815, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1, 1815, p. 373-423, segnatamente 376 ss. e 379 ss. Sul tema, tuttora controverso, vedi anche O. v. GIERKE, *Die historische Rechtsschule*, p. 11-12, 17; H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, in *ZRG Germanistische Abteilung* 80, 1963, p. 1-26.

ratamente privilegiato il ‘suo’ diritto, quello comune, questo invito non fosse che un gesto, signorile ma gratuito. Un gesto che poteva permettersi senza timori, sapendo benissimo che anche un’eventuale ripresa degli studi germanistici non avrebbe mai potuto minacciare l’incontestato dominio del diritto romano ⁽⁶¹⁾. Grazie alla vetustà della sua tradizione, all’unità formale delle sue fonti, all’ubiquità della sua presenza, come anche all’uniformità dell’elaborazione scientifica, che tutte queste situazioni permettevano, o almeno facilitavano, spadroneggiava. Approntava esso quella “coordinata massima, che permette di accertare e differenziare di tempo in tempo e di luogo in luogo i movimenti del diritto e delle dottrine attraverso la loro posizione di fronte a quella” ⁽⁶²⁾. Prevedibile, purtroppo inevitabile ⁽⁶³⁾, fu la reazione di quei germanisti, che Savigny con determinazione cortese ma inequivocabile aveva in realtà inteso confinare nella loro modesta provincia: delusione, rifiuto, forse anche collera, in un’accentuazione che si concluse, verso la fine degli anni ’30, con l’aperta secessione ⁽⁶⁴⁾. A far data dalla quale romanisti e germanisti vissero ed operarono in mondi separati e differenti: sia

⁽⁶¹⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 94.

⁽⁶²⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 458. Diritto romano era e rimaneva — così il giovane Mommsen — “dasjenige Recht, unter dessen Einfluss alle unsre Localrechte theils im Anschluss, theils in Opposition zu demselben entstanden sind, so dass schon äusserlich die Bevorzugung des römischen Rechts sich rechtfertigt” (T. MOMMSEN, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, prolusione zurighese del 1852, ora in *Juristische Schriften*, III, p. 591 ss., la frase citata a p. 596). Il tutto secondo convinzioni, che spuntano tuttora inalterate dagli scritti di odierni storici del diritto. Vedi ad es. B. HUWILER, *Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung. Zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB)*, in B. Schmidlin (a cura di), *Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16*, Basel 1994, p. 57-93, e qui segnatamente l’affermazione conclusiva.

⁽⁶³⁾ J.C. BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, seconda edizione, Zürich 1862, p. 30, 52. Debole ed inconcludente l’autodifesa tentata da C.F.v. SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, I, p. 106. Notevolissima in compenso l’accusa che K.J.A. Mittermaier formulò in una lettera del 1843 al suo corrispondente italiano Pietro Luigi Albinì. La ricorda L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l’Unità*, Roma 1984, p. 173, il testo della lettera alle pagine 305-307.

⁽⁶⁴⁾ O. v. GIERKE, *Die historische Rechtsschule*, p. 12-13; H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, p. 10-11; G. DILCHER-B.-R. KERN, *Die juristische Germanistik des 19.*

in punto ai problemi concreti via via affrontati, che in ordine al desiderio di veder confluire i propri sforzi nella gestione del diritto attuale e nell'elaborazione di quello futuro (65).

V. *Primi risultati: la valenza della 'storia' nel vecchio sistema delle fonti.*

Ho passato in rassegna tre situazioni storiche. Tutte e tre contrassegnate dall'abitudine dei giuristi di ricorrere, quasi istintivamente, alla storia per ottenerne ragguagli ritenuti indispensabili ai fini dell'applicazione del diritto vigente. Qualcosa dunque le accomuna, anche se rinviano ad epoche storiche diverse, diverse restando perciò sia la ragione, che l'intensità dell'obbedienza dovuta — di caso in caso — alla tradizione. Qualcosa le accomuna, che merita di venir ricordato: la 'fuga nella storia', se vogliamo chiamarla così, fu concertata e compiuta all'interno dello *stesso* sistema delle fonti. Non è dunque escluso che gli abbia in un certo modo corrisposto, l'abbia specularmente riflesso.

Ora è davvero accertato, che nel vecchio sistema delle fonti la 'vigenza' del diritto, la sua 'positività' per intenderci, risultava dal flusso storico, da un continuo andirivieni fra passato e presente, il cui esito non era mai definitivo, ma poteva sempre venir modificato e relativizzato da continue revisioni, aggiornamenti e correzioni. Per secoli le norme giuridiche nacquero così: in capo all'uso e al decorso del tempo, al consenso sociale, alla legittimazione sapienziale. In tale

Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte, in *ZRG Germanistische Abteilung* 100, 1984, p. 1-46, specialmente 11 ss.

(65) Sulla contesa, sempre più virulenta ed impietosa, fra romanisti e germanisti — che Savigny non poteva ignorare, ma che tentò sempre di sdrammatizzare — orientano puntualmente le lettere che Bluntschli e Savigny si scambiarono fra il 1840 e il 1841. Poiché proprio in quegli anni, ossia mentre la secessione prendeva corpo, Bluntschli ne ragionò con qualche distacco nel suo pamphlet *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen* (uscito in prima edizione nel 1839) e Savigny pubblicò i primi cinque volumi del suo *System* (1840-1841). Queste lettere si leggono nella raccolta di W. OECHSLI, *Briefwechsel*, p. 68-90. Sulla contesa ed anche sul significato dell'annotazione conclusiva nel testo, vedi inoltre J.C. BLUNTSCHLI, *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Nördlingen 1884, I, p. 200 ss.; G. DILCHER-B.-R. KERN, *Die juristische Germanistik*, p. 24 ss., 38 ss.; P. CARONI, *Saggi*, p. 192-193.

contesto la ‘fuga nella storia’ era programmata. Non voleva decorare nulla, nemmeno intendeva aggiungere qualcosa ad un esito sostanzialmente già accertato. Era piuttosto uno scavo nel bel mezzo dell’andirivieni, destinato ad isolare il diritto ancora applicabile, e in ciò esauriva la sua funzione. E quindi, ricapitolando: il ricorso alla storia e ai suoi servizi non era né eccezionale né facoltativo, ma ovvio e inevitabile.

È forse lecito dedurne che il ‘peso’ della storia dipende dal sistema delle fonti? Philipp Lotmar, l’indimenticato romanista e giuslavorista bernese, l’aveva affermato già nel 1878. Riteneva che il ruolo concreto da assegnare alla storia dipendesse dalla natura delle fonti, come anche dalla materia che queste regolavano ⁽⁶⁶⁾. Non si stupì del fatto che i grandi classici facessero a meno delle suggestioni storiche, i giuristi medievali invece vi ricorressero sistematicamente, solo così potendosi distinguere, com’era inevitabile fare, fra le cose oramai desuete e quelle tuttora meritevoli di conferma ⁽⁶⁷⁾. Perché nei due casi — aggiungeva — la natura delle fonti e della materia divergeva.

Stando così le cose, quale sarà il destino della storia quando un nuovo sistema delle fonti, quello della codificazione, avrà scavalcato quello antico? Domanda ineludibile, ove si pensi che il codice ha modificato proprio la “natura delle fonti”, poiché concesse l’assoluta preferenza a quelle di origine legislativa.

⁽⁶⁶⁾ P. LOTMAR, *Contravindication*, p. 31: “Zwischen Geschichte und Dogmatik besteht kein von der Beschaffenheit der Quellen und des Stoffes unabhängiger, stets gleich nöthiger und gleich weit reichender Zusammenhang. Daraus folgt aber, dass der Betrieb der Rechtsgeschichte durch das Bedürfniss, das geltende Recht verständlich zu machen, nicht schlechthin begründet werden kann”.

⁽⁶⁷⁾ Il frammento relativo è tanto contorto, quanto fondamentale: “Das gemeine deutsche Recht einheimischen und fremden Ursprungs mit seinen meist in ferner Vergangenheit liegenden Quellen, denen Quelleneigenschaft und Ansehen oft erst von Juristen oder von Solchen verliehen war, die über sich zu sehen die Theoretiker sich nicht verbunden glaubten, wie vielfachen Anlass und Grund bot es, seine Entwicklung möglichst weit zurück zu verfolgen, zumal wenn nur mit diesem Mittel Verständniss für das je Spätere und Bestimmung des Anwendung Verdienenden zu erlangen war.” (P. LOTMAR, *Contravindication*, p. 31).

VI. *E quando emerge il codice?*

Nel corso del XIX secolo lo stato borghese accentrò dunque la produzione del diritto, seguendo almeno parzialmente l'esempio offerto dal sovrano assoluto. Rivendicò un monopolio legislativo e, facendovi capo, codificò il diritto, cominciando da quello materiale, civile o penale. Ciò facendo adottò una nuova strategia: mentre nel passato l'itinerario preposto alla 'positivizzazione' del diritto era spesso lungo e controverso, poiché concedeva largo spazio ad apprezzamenti individuali, a valutazioni specialistiche, ad altri momenti, che lo rendevano flessibile e mobile, quindi anche imprevedibile; quello ora inaugurato abbreviava i tempi, chiariva le forme, incrementava in tal modo anche la visibilità del diritto. Fissava d'autorità e in via astratta il diritto vigente. Cosa davvero ne facesse parte, questo lo svelavano ora le leggi in modo completo ed affidabile. Potremmo anche dire: al sapiente subentrò il legislatore, al giurista il politico, all'*interpretatio* la sanzione, all'accertamento individuale la dichiarazione astratta. Una linea netta, invisibile ma efficace, separava oramai il passato dal presente.

Le conseguenze non si fecero attendere: la sussidiarietà del diritto comune venne meno ⁽⁶⁸⁾; con essa scomparve anche la necessità di una ricognizione storica, che i giuristi avevano finora affrontato convinti com'erano della sua indispensabilità formale, quindi *anche* della sua valenza materiale ⁽⁶⁹⁾. Il contraccolpo sul piano dell'insegnamento accademico non si fece attendere: una ventata di autarchia ⁽⁷⁰⁾ soffiò tosto sulle discipline storiche e ne provocò, se non proprio la soppressione, quasi sempre l'emargina-

⁽⁶⁸⁾ Vedi in merito la documentazione in P. CARONI, *Saggi*, p. 229-230, 246-249.

⁽⁶⁹⁾ I giuristi accusarono il colpo. Ossia: sul piano accademico furono spodestati, su quello pratico vennero privati di una prerogativa finora incontestata, che garantiva loro un'indubbia supremazia. Per questo motivo si poté parlare di una loro 'espropriazione'. Hanno sottolineato recentemente questo aspetto P. GROSSI, *Assolutismo giuridico, passim* e specialmente p. 9 ss., 21, 128-130, 140, 170, 266; IDEM, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, p. 111 ss.; P. CARONI, *Saggi*, p. 184 ss. Dubita di questa interpretazione, senza peraltro convincere, U. PETRONIO, "Ménin áeide theá". *Alcune considerazioni sull'assolutismo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato* 21, 2003, p. 427-467, specialmente 431-432, 453, 464-465.

⁽⁷⁰⁾ Così E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 777.

zione ⁽⁷¹⁾. In punto poi all'applicazione del nuovo diritto riemerge ora la vecchia *interpretatio*, anche se ridimensionata, ridotta cioè a piatta esegesi del testo del codice ⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ Se n'era ovviamente accorto subito Savigny, che ne parla in modo documentato e sfumato nel *Beruf*, p. 152-156. Sull'evoluzione *austriaca* vedi anzitutto il Dekret der Studien-Hofkommission del 7 settembre 1810, ora pubblicato in H. Akamatsu-J. Rückert (a cura di), *Friedrich Carl von Savigny. Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"*, Frankfurt a.M. 2000, p. 82-87, specialmente 84. Inoltre: G. WESENER, *Geschichte der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*, Teil 1, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz 1978, p. 29-30; K. EBERT, *Der Einfluss Franz von Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichtes. Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810*, in W. Selb-H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz von Zeiller*, p. 63-93; O. FRAYDENEGG-MONZELLO, "...auf die Bedürfnisse des Staates und seiner Einwohner einzuschränken...". *Zeillers juristische Studienreform von 1810 und Anklänge zu heute?*, in J.F. Desput-G. Kocher (a cura di), *Franz von Zeiller*. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermärkischen Landesbibliothek am 30. November 2001 aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages, Graz 2002, p. 93-112. In merito alla bibliografia più risalente vedi P. CARONI, *Saggi*, p. 174, nota 18. Sull'evoluzione *francese* va anzitutto consultata la documentazione in H. Akamatsu-J. Rückert (a cura di), *Friedrich Carl von Savigny. Politik und Neuere Legislationen*, p. 123-126. Inoltre: J. BONNECASE, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur Athanase Jourdan*, seconda edizione, Paris 1914, p. 33-68; IDEM, *L'école de l'Exégèse en droit civil*, seconda edizione, Paris 1924, p. 18-40; J. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Basel-Paris 1935, p. 14 ss. A cui vanno oggi aggiunti molti contributi compresi nella raccolta curata da J. Poumarède, *Histoire de l'histoire du droit*. Actes des journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Toulouse 1-4 juin 2005, Toulouse 2006. Sulla tendenza generale sottesa a tutte queste evoluzioni 'nazionali' vedi pure H. HÜBNER, *Die Einwirkung des Staates auf den Rechtsunterricht. Eine historische Skizze*, in M. Kaser-W. Thieme-W. Weber-F. Wieacker (a cura di), *Festschrift für Wilhelm Felgenträger*, Göttingen 1969, p. 99-127, e specialmente 118-119, 124-125.

⁽⁷²⁾ In attesa di una (finora purtroppo mai tentata) ricostruzione complessiva dell'*Ecole de l'exégèse* (come anche di una valutazione critica dei suoi meriti) orientano almeno parzialmente: P. RÉMY, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe siècle*, in *Annales d'histoire des Facultés de droit* 2, 1985, p. 91-105; IDEM, *Éloge de l'exégèse*, in *Droits* 1, 1985, p. 115-123; B. BOUCKAERT, *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen-en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code Civil*, Antwerpen 1981; H. KOOIKER, *Lex scripta abrogata*, p. 254 ss.; W. BRAUNEDER, *Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, in *ZNR* 5, 1983, p. 22-43; G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 134-135. I meriti pratici della scuola vengono ribaditi anche da R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in R.O., *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, p. 275-287. Ricorda egli salutar-

Questa almeno è la versione tradizionale dei fatti. Riassuntiva, talvolta semplicemente allusiva, ma non già per questo motivo poco affidabile. Nuove ricerche del resto la ribadiscono, senza aggiungervi nulla di nuovo. Se ci lasciano ugualmente perplessi, è a causa delle contraddizioni nelle quali spesso si impigliano. Infatti, se *da un lato* sottolineano con enfasi le prospettive che la codificazione finalmente schiuse alla ricerca ‘solo’ storica, quindi antiquaria ⁽⁷³⁾, *d’altro lato* deplorano che il cambiamento abbia spodestato la storia giuridica detta ‘applicativa’, perché funzionale alle richieste del diritto positivo ⁽⁷⁴⁾. Assomigliano un po’ tutte a *reportages après le déluge*, queste nuove ricerche; non temono perciò di apostrofare l’evoluzione postcodificatoria quale vera e propria catastrofe ⁽⁷⁵⁾. Il tutto a conferma di un’antica tradizione, quella delle *lamentationes*, inaugurata da Paul Koschaker. Viene oggi rilanciata da autori, che incupiscono ulteriormente il pessimismo koschakeriano. Che pensarne? Mi limito per il momento a due brevissime riflessioni.

a) Una ricerca storica consapevolmente estranea alla pratica del diritto vigente esisteva in Germania già prima del BGB. Affiliata alla scuola storica, ne formava — come si vide — un gruppo invisibile

mente, come sia discutibile vedere nella transizione da un tipo all’altro di studio e di insegnamento sempre e necessariamente anche un reale ‘progresso’ della scienza giuridica (*ibidem*, p. 276).

⁽⁷³⁾ P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 42 ss., 81-82; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 17 ss.; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 450, 522 ss. Anche I. KROPPENBERG, *Amnesie und Autorität*, p. 65, non esita a considerare la codificazione quale “Geburtsstunde der Rechtsgeschichte”.

⁽⁷⁴⁾ P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 35-36, 62, 73-76; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 29-30; IDEM, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, note a margine 36-37; E. BUCHER, *Recht. Geschichtlichkeit. Europa*, in B. Schmidlin (a cura di), *Vers un droit privé*, p. 7-31, specialmente 24-26; IDEM, *Rechtsüberlieferung*, p. 522 ss.; J. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, p. 66-108, 137 ss. Il fatto poi che gli ‘antiquari’ abbiano registrato il rimprovero implicito in queste prese di posizione e lo abbiano considerato offensivo, non deve destare nessuna meraviglia. Vedi ad es. come ha reagito M. BRETONE in *Diritto e tempo*, p. 235 ss., specialmente 245-247, ove si denuncia apertamente come il neopandettismo aspiri all’ “eliminazione della ‘Historisierung’ dalla storia giuridica, o a una sua riduzione fino all’irrelevanza” (*ibidem*, p. 245).

⁽⁷⁵⁾ E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 527. Con il mio commento in *Saggi*, p. 171.

al suo fondatore (76). Il che non ci legittima ad ignorarla. Anche perché i suoi seguaci erano più numerosi dello sparuto gruppo di 'antiquari' che, una volta sanzionato il BGB, si rifugiarono nella storia antica per sfuggire alla disoccupazione oramai incombenente (77). Mi è perciò difficile riconoscere in questa loro scelta una reale "presa di potere" (78) o rinfacciare loro di aver in tal modo scatenato la crisi del diritto romano e provocato l'abdicazione (79), lo snaturamento (80), quando non la distruzione della disciplina (81). Anche dopo un'attenta rilettura delle indagini più recenti, credo che questa versione — forse comprensibile a livello umano — sia incredibilmente gonfiata e poco plausibile (82).

b) Sul secondo rilievo, che deplora la scomparsa di una tradizione 'operativa' della storia giuridica, e ne accolla la responsabilità alla codificazione, la replica è ancora più agevole. Perché — come l'esperienza insegna e come una semplice scorsa ai programmi accademici delle facoltà giuridiche germanofone documenta — il fatto deplorato in realtà non esiste, mentre permane, più vegeta che mai, la tendenza contraria. Sopravvive, fiorisce e 'produce' dunque proprio quanto stava a cuore a Koschaker. Ossia un contatto non solo formale o esornativo, ma funzionale, appunto 'operativo', fra la storia e il codice (83). Contatto particolarmente vivace, persino simbiotico, quando le soluzioni del codice sembrano ribadire lette-

(76) Vedi *supra*, p. 170-171.

(77) Così ad es. R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis*, p. 310: "Ein neohumanistischer Ansatz hat das Konzept einer geschichtlichen Rechtswissenschaft abgelöst. Er hat etwa die Romanisten des 20. Jahrhunderts dazu bewogen, das Schwergewicht ihrer Forschungen auf das römische Recht der Antike zu legen".

(78) P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 294.

(79) P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 73-76; IDEM, *Europa und das römische Recht*, p. 342-343, 352.

(80) P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 339. Ma anche R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 246, vede in questa deriva solo un "irrtümlicher Verlauf der Dinge".

(81) P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 42 ss., 81-82.

(82) P. CARONI, *Saggi*, p. 165 ss. Anche perché volentieri si dimentica che taluni 'antiquari' continuarono con successo ad occuparsi di diritto privato *positivo*, come documentano la vita e l'opera di Ludwig Mitteis, alle quali rinviano P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 67 e R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 36.

(83) P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 76 ss. IDEM, *Europa und das römische Recht*, p.

ralmente regole romanistiche: in tema di obbligazioni, tanto per citare un esempio.

VII. *Dualismo delle fonti e sue conseguenze.*

Per arrivarvi sembrò anzitutto indicato riciclare la vecchia contrapposizione fra *ius commune* e *ius proprium* ⁽⁸⁴⁾ e servirsene per setacciare il codice. Ciò permise di distinguerne le materie in base alla loro origine storica e di assegnarne la titolarità all'uno o all'altro degli storici del diritto, secondo le rispettive competenze scientifiche. Così che ad ognuno di loro toccasse esporre proprio solo la storia di *quegli* istituti germogliati dalla 'propria' tradizione, che non si erano persi per strada ma erano stati "riassorbiti" dal codice, rispettivamente rinchiusi nella gabbia che stava approntando, diventando in tal modo diritto vigente. Questo sistema si fondava — e si fonda tuttora — su una premessa tacita, ma ugualmente esplicita: che il codice avesse ripreso questi frammenti del passato *senza modificarli*, li avesse confermati insieme con l'*entourage*, dal quale emergevano ⁽⁸⁵⁾. Ragione per cui sembrò logico dedurne che per interpretarli correttamente e per aggiornarli fosse inevitabile risalire al loro entroterra storico, rispettivamente recuperarlo ⁽⁸⁶⁾. Bipartito

300, 305-306; R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis*, p. 310-311. Appropriato il commento di M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 245-246. Nello stesso senso *supra*, p. 105.

⁽⁸⁴⁾ Introducono a questa problematica i rilievi in P. CARONI, *Saggi*, p. 169-183.

⁽⁸⁵⁾ Quando Lotmar ragiona su questa premessa ricorre a due metafore, che cito qui senza farle rifluire nel mio testo: parla in un caso di tronco (Stamm) e margotta (Ableger), nell'altro di Mutterrecht e Tochterrecht (P. LOTMAR, *Schriften*, p. 186-187, 605).

⁽⁸⁶⁾ P. LOTMAR, *Schriften*, p. 187, 230-241. Ma c'è da dire che un conto è condividere questo metodo ancora in assenza di una codificazione (appunto il caso di Lotmar), un altro invece aderirvi a giochi fatti, ossia in un contesto già codificatorio, come M.A.v. Bethmann-Hollweg (che ho già ricordato *supra*, p. 135 nota 67) oppure O.v. GIERKE, *Die historische Rechtsschule*, p. 32-33; R. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, quinta edizione, Leipzig 1930, p. 44 *et passim*. E come si continua a rivendicare tuttora: vedi ad es. E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 408, 416, 421, 458; P. LIVER, *Die Bedeutung des deutschen Privatrechts*, p. 374 ss., 377; R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, p. 268-269; IDEM, *Roms Recht—und erstaunlich ist es nicht, dass die bedeutendsten europäischen Völker sich der Herrschaft dieses Rechts*

rimase perciò anche l'insegnamento, benché ora costretto ad accontentarsi di una valenza solamente propedeutica.

A questo modello dualistico si ispira tuttora l'insegnamento storico impartito in moltissime facoltà giuridiche continentali. A meno che ragioni economiche o logistiche non abbiano nel frattempo costretto le facoltà a contenere l'organico e a semplificare le cose, ad esempio attribuendo tutto l'insegnamento allo stesso titolare⁽⁸⁷⁾. Come spiegarne l'innegabile successo? Forse rinviando al carattere compromissorio tipico del modello: riusciva ad accontentare gli storici, perché in un certo senso li lasciava in sella (anche se nel frattempo la velocissima motocicletta aveva lasciato il posto ad una modesta bicicletta quando non ad un innocuo triciclo) senza turbare il sonno dei civilisti (ai quali una storia giuridica così addomesticata non solo non faceva paura, ma poteva persino tornare comoda).

Ma resta ugualmente di difficile digestione, questo inossidabile sistema. Dire che appare discutibile è ancora poco. Se distingue fra le due tradizioni accampando tuttora il modello medievale, quindi rinviando alla scienza del diritto comune, costruisce sulla sabbia. Poiché non tien conto del fatto che nell'esperienza medievale — come ho ricordato — la contrapposizione di *ius commune* e *ius proprium* era tutto fuorché drastica ed assoluta, ma rispecchiava solo un ordine politico, quello feudale, che era sotto gli occhi di tutti. Polverizzato com'era a livello istituzionale, ordinava il diritto di conseguenza: quindi distribuendolo in una moltitudine di fonti, tutte ricomprese nella categoria dello *ius proprium*, che a sua volta controbilanciava quello comune. Non però in modo esclusivo, come potrebbero farlo un'alternativa autonoma o un ordinamento parallelo, che intimasse perciò al giudice di scegliere fra l'uno e l'altro, ma come semplice tassello, sul quale il giudice poteva contare, che poteva liberamente combinare con altri tasselli prelevati dall'una o

gebeugt haben", in K. Rosen (a cura di), *Das Mittelmeer-die Wiege der europäischen Kultur*, Bonn 1998, p. 130-173, specialmente 144, 146.

⁽⁸⁷⁾ Che gli conferirà un'impronta personale, quindi probabilmente speculare alle proprie competenze e preferenze. Con esiti perciò poco prevedibili, ma spesso discutibili, perché non sempre vicini alle attese dei destinatari.

dall'altra categoria, il tutto nell'ambito di quell'apprezzamento, che la *interpretatio* concedeva ⁽⁸⁸⁾.

Anche a non voler insistere su questa critica — comunque tutt'altro che marginale — altri motivi svelano la fragilità di questo approccio. Un approccio che induce inevitabilmente lo storico a vedere nel codice l'ovvio capolinea di un percorso glorioso e venerando, perché rinvia alla tradizione medievale. Non dunque, come si era pur tentati di pensare, e come la storia recente sembrava suggerire, l'approdo di un'evoluzione discutibile, complessa, controversa (come lo era del resto la società, che intendeva codificare), ma quello, ampiamente scontato, di una lunga, serena, armonica gestazione. Stando così le cose, come non condividere questo approccio? Come temere (o sperare, a seconda dei punti di vista) che l'esplorazione storica potesse contraddirvi, svelando qualcosa di spiacevole, di nuovo o di inatteso? Appariva perciò realistico considerarla quale rapida battuta a senso unico, destinata a confermare quanto già si sapeva, perché la teoria della continuità — ovunque appostata, ognora pronta a colpire — non permette di pensare ad altro, destinata com'è, per sua vocazione, a legittimare tutto quanto avvolge ⁽⁸⁹⁾. E a farlo senza andare per il sottile: tollerando ad

⁽⁸⁸⁾ La realtà giuridica, così come si coglie nei territori di diritto comune, è perciò tributaria di un sistema *misto*. Al quale per sua natura è estraneo ogni approccio dichiaratamente unilaterale. Ragione per cui il giudice non potrà 'pescare' la soluzione concreta *ovvero* nel campo del diritto comune, *ovvero* in quello del diritto proprio. Ma dovrà piuttosto tentare di farli ambedue confluire nel suo esame: per poi contrapporli, valutarli, soppesarli, se del caso combinarli. Certo, il relativo sistema delle fonti — già nella sua denominazione — sembra privilegiare il diritto comune. Ma — come ho già ricordato, *supra* nota 56 — lo fa *non* vietando al giudice di attingere allo *ius proprium*, ma piuttosto imponendogli di esaminarlo appoggiandosi alle coordinate tracciate dalla scienza giuridica, notoriamente cresciuta sulle fonti romanistiche. Già per tutte queste ragioni appare fragile e discutibile stabilire un collegamento fra il dualismo odierno (che separa invece di far confluire) e la prassi del diritto comune. Il fatto poi che, così facendo, si ripeta magari un errore di Savigny, non giustifica nulla. Vedi in merito K. KRÖSCHELL, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, p. 21, 24-25; P. CARONI, *Statutum et silentium*, p. 131, come anche *supra*, p. 173-174.

⁽⁸⁹⁾ Scopo delle nozioni storiche sarà perciò proprio quello di facilitare "die historische Einordnung und Abstützung" del diritto vigente: così almeno secondo E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 527. Ancora più drastica, ma finalmente liberatoria, l'asserzione di M. SBRICCOLI, *Intervento* in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della*

esempio il curioso (ma scontato) vezzo degli storici, di far capo proprio solo a quei reperti storici che prefigurano istituti del diritto vigente e tralasciando tutto quanto non serve. “Serve” cioè, in quest’ottica, solo quanto riappare — si spera invariato — nel codice. Il quale, visto in questa luce, mima assiduamente il passato. Riproponendolo si autocelebra, sembra già per questo fatto meritare quel rispetto, che difficilmente saremmo disposti a tributare all’esito — imprevedibile e tutto sommato volubile — di un qualsiasi dibattito parlamentare ⁽⁹⁰⁾.

Chi affronta questi argomenti, mostra i nessi che si intrecciano fra i singoli episodi e non nasconde di esserne poco entusiasta, non svela nessun segreto. E nemmeno denuncia pratiche sospette. Descrive cose ovvie, palesi. Ma in fondo è proprio questa ovvietà che può turbare. Il fatto che Savigny, alla ricerca della documentazione per la sua *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, si entusiasmasse proprio solo per quanto documentava in modo esplicito la lunga e ininterrotta ‘vigenza’ del diritto romano, e che tale unilateralità venga sempre ancora ammirata. Oppure il desiderio — comune a docenti e discenti — che l’insegnamento della storia verta esclusivamente su fatti che fanno risplendere, nell’oscurità del passato, la vivida luce del presente ⁽⁹¹⁾; senza che nessuno ravvisi in ciò una manipolazione della tradizione. O finalmente la disinvoltura, con la quale i docenti attirano preliminarmente l’attenzione dei loro studenti sul fatto che il loro corso ruoterà attorno a quelle figure giuridiche che formano lo zoccolo duro del diritto privato vigente ⁽⁹²⁾. Anche qui senza che nessuno eccepisca alcunché. Ma per

storia del diritto, p. 128: “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. E questo è il nostro carattere originario: una disciplina al servizio della legittimazione del diritto ufficiale”. Analogamente ragionano A.M. HESPANHA, *Une “Nouvelle Histoire” du droit?*, p. 318, 322-323; W. REINHARD, *Storiografia come delegittimazione*, in *Scienza e politica* 27, 2002, p. 3-13.

⁽⁹⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 46.

⁽⁹¹⁾ Così esplicitamente P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 78.

⁽⁹²⁾ Esempio che tolgo da una sommaria descrizione del corso di “storia del

quale motivo bistrattiamo senza ritegno la tradizione? Perché, quando ci conviene, le neghiamo persino quel rispetto che si deve anche a nemici ed avversari? Forse che l'ossessiva ricerca di costanti e continuità ci dà anche il diritto di saccheggiare senza ritegno il passato ⁽⁹³⁾? Se poi qualcuno, arrivato fin qui, desideroso di scagionarsi accampando qualche giustificazione o qualche precedente, alludesse alla sfacciata *nonchalance* di qualche comparatista, sarebbe male apposto. Perché in realtà i comparatisti hanno altre gatte da pelare, anche se talvolta lo contestano. Secondariamente perché non hanno mai preteso di insegnarci qualcosa, men che meno di esserci d'esempio: cosa della quale — vista l'allegria spensieratezza, con la quale colonizzano il passato per colmare i 'vuoti' delle loro cattedrali — siamo loro molto riconoscenti ⁽⁹⁴⁾.

VIII. *Il codice del diritto comune.*

Se però diamo per scontato che la codificazione di vasti settori del diritto materiale e processuale abbia rinnovato (anche) il sistema

diritto", così come venne ancora recentemente professato nelle facoltà giuridiche svizzere.

⁽⁹³⁾ "Saccheggiare il passato per trovare le prove dell'invarianza della natura umana": così ha denunciato la deriva qui all'esame G. ZAGREBELSKY nel suo *Intervento* in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 197-198. Analoghe riflessioni propongono P. LANDAU, *Bemerkungen*, p. 119; E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 851-852 (che parla di 'Selektivismus'); G. CHITTOLINI, *Un paese lontano*, p. 342-343, come anche *supra*, p. 74 ss.

⁽⁹⁴⁾ Sarebbe comunque un esempio poco raccomandabile, il loro, come del resto documentano i ragionamenti di H. KÖTZ, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 153-166; IDEM, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in (*Deutsche*) *Juristen-Zeitung* 47, 1992, p. 20-22; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 516, 526, 533. Dissenso e critica nei confronti di tali *avances* in R. OGOREK, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)*, in D. Simon (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1994, p. 10 ss., 54 ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 245 ss., con un verdetto destinato sia ai comparatisti che ai neopandettisti: "C'è un'illusione ottica o uditiva anche alla base del neopandettismo. Si può coltivarla, ma non si può pretendere di fare storia coltivandola. La storia è un'altra cosa..." (*ibidem*, p. 248); E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 853-854, come anche *supra*, p. 114-115.

delle fonti, allora la conferma (comunque mai intatta) di un metodo espositivo ossessionato dalla necessità di distinguere, ovunque e sempre, lottizzando spavalamente il passato, è difficile da capire e ancor più difficile da giustificare. Non vi è infatti nessun motivo che suggerisca, men che meno imponga, di attenersi tuttavia ad uno spunto metodologico tipico di un sistema delle fonti *superato*, perciò destinato a operare *esclusivamente* all'interno di quel sistema ⁽⁹⁵⁾. Ostentando a tal modo una caparbia degna di altri siti e tutt'altro che priva di risvolti negativi.

Ma tutto anche qui si chiarisce, non appena si rifletta sul concetto di codice, dal quale muovono gli odierni fautori di questo dualismo. Se l'argomento è di sicuro interesse, lo è infatti anche perché documenta un'interessante involuzione nel loro approccio a questo snodo tematico cruciale ⁽⁹⁶⁾.

a) Videro inizialmente nei codici storici, massime in quelli sanzionati all'inizio dell'Ottocento, discutibili operazioni avviate da una scienza giuridica assediata dal tarlo giusnaturalista e destinate ad accentrare la produzione del diritto nelle mani dello Stato ⁽⁹⁷⁾. Poiché tosto rivendicarono una valenza esclusiva, diventarono au-

⁽⁹⁵⁾ Spunto che, per di più, come già si disse (*supra*, p. 173-174) non rifletteva correttamente il modello medievale.

⁽⁹⁶⁾ Allo stile argomentativo preferito dai neopandettisti non è estranea (e nemmeno sgradita) una certa *contrarietas* (dei concetti o delle deduzioni). Alligna nella ricchezza e nella varietà della documentazione, che offre contemporaneamente appigli a soluzioni disparate e appunto anche contrarie, come documenta egregiamente l'esempio trattato da R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, p. 262. Propizia la flessibilità dell'argomentazione, quindi permette all'interprete di affrontare con la stessa disinvoltura situazioni ovvie oppure problematiche. Il fatto poi che la logica ne possa magari soffrire, non sembra turbare nessuno. L'oscillazione concettuale che esaminerò ora nel testo non ne è che un esempio, anche se particolarmente significativo. Ho ricordato altri esempi *supra*, p. 104 ss.

⁽⁹⁷⁾ Vedi *supra*, p. 104 ss., con i relativi ragguagli bibliografici. Ai codici i neopandettisti rimproverarono perciò di aver distrutto un'antica ed accreditata unità del diritto. Il che, formulato così, ossia senza le pur necessarie distinzioni, appare poco plausibile. Sarebbe più utile ricordare che se davvero i codici, combattendo il sistema delle fonti del diritto comune, offuscarono la diffusione cosmopolita (se non proprio ubiquitaria) della relativa scienza, unificarono il diritto materiale di quei (non raramente vasti) territori, nei quali furono sanzionati. Vedi in merito ad es. J.-L. HALPERIN, *L'approche historique et la problématique du jus commune*, in *Revue internationale de droit comparé* 2000, p. 717-731, specialmente 728-729. Ragione per cui va di volta in

tomaticamente l'epicentro di un nuovo sistema delle fonti. Un epicentro poco frequentato dalla cultura giuridica, lentamente avviata a condividere un orizzonte rigorosamente provinciale (98). Non giunge perciò inattesa la connotazione riassuntiva proposta da questi autori: la codificazione fu in realtà un deragliamento, come tale va affrontata e combattuta, tentando, con tatto e costanza, di riportarla sui binari, su quei binari ovviamente romanistici che — sbagliando, rispettivamente ingannandosi — aveva abbandonato.

Se dunque da un lato si ammette che i codici avevano provocato una svolta, dall'altro vengono tuttavia ritenuti frutto di una deplorabile *défaillance*. Perciò nulla va lasciato d'intentato per bloccarne la deriva, rispettivamente per limitare il danno (99), riportando lentamente la corrente entro l'alveo del diritto comune. Ad esempio sottoponendo i codici a quel lavaggio del cervello, che nella lingua elegante ed asettica di molti romanisti si chiama ri-pandettizzazione (100). Taluni precedenti famosi sembrano consigliarla, questa strategia: Savigny l'aveva adottata per 'spiegare' il codice prussiano del 1794, suoi discepoli se ne avvalsero, nella seconda metà del XIX secolo, per 'correggere' l'ABGB del 1811 (101). Detto questo, mi accontento di confermare critiche già formulate altrove. Le confermo, perché vedo in questa *lettura* del fenomeno codificatorio un drammatico "naufragio della storicità" (102). Anche se so — ora meglio di ieri — che questa frecciata lascia indifferenti i destinatari: continuano infatti imperterriti a lottizzare il passato, solo così potendone liberamente disporre.

volta precisato il significato concreto di quell'*unità*, alla quale il discorso si riferisce, vedi su ciò *supra*, p. 98-99.

(98) Vedi in merito *supra*, p. 104 ss. Condivide tuttora la tesi riassunta nel testo E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 402-408, 420-427.

(99) Questa la strategia raccomandata da E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 408, 416, 421, 459 *et passim*. Afferma dapprima che quasi tutte le regole sanzionate dai codici ribadiscono modelli storici, per dedurne poi che ad essi si dovrà far capo per interpretarle ed aggiornarle.

(100) Ad esempio R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis*, p. 295-296; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 463-464.

(101) P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 264-265, 268; P. CARONI, *Saggi*, p. 173-174 (con ulteriori rinvii).

(102) *Supra*, p. 89.

b) Diversa è oggi non tanto la rivendicazione di fondo, quanto la lettura della realtà codicistica, che la precede. Ammette infatti, talora tacitamente, altre volte con profluvio di parole, che i codici *non hanno rinnegato il vecchio sistema delle fonti*. Se fosse plausibile, questa lettura, vedrebbe nelle codificazioni del diritto, di quello materiale come di quello formale, non tanto “l’evento più significativo e più impegnativo della storia giuridica europea continentale” (103), quanto la pura e semplice conferma della disciplina delle fonti retta (e dominata) dal diritto comune. Una disciplina che dunque, per chi condivide queste certezze, vige tuttora.

Nuova di zecca non è, questa versione, anche se può sorprendere. C’è chi, con fondati motivi, la fa risalire a Savigny, alla sua notissima definizione del codice quale “registrazione di tutto il diritto vigente, munita di validità esclusiva dallo Stato stesso” (104). Senza tener conto della complessità e della profondità del ragionamento savigniano sembrò giustificato appropriarsene e derivarne una nuova certezza. Quella ad esempio, secondo la quale i codici *non* hanno concluso l’era del diritto comune, ma sono solo un nuovo episodio nella lunga storia di questo diritto (105), qualcosa come “il

(103) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, p. 59. Valutano nello stesso modo la novità del codice, seppur richiamandosi a ragioni diverse: I. BIROCCI, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 2, 539 ss.; D. WYDUCKEL, *Schnittstelle von Rechtsbeorie und Rechtsgeschichte*, p. 118-120; I. KROPFENBERG, *Amnesie und Autorität, passim* e specialmente p. 64-65, 68-69, 75, come pure O. BEHREND e J.L. HALPÉRIN nei loro interventi in ZNR 23, 2001, p. 297, rispettivamente 300-302

(104) Così F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 81-82, qui nella traduzione di G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, p. 104. Ma va ricordato che il nostro autore non si è accontentato di questa descrizione. Intuì subito qual’era il bersaglio dell’offensiva codicistica, quindi anche la gravità del pericolo incombente. La affrontò perciò con una determinazione unica ed insuperata, come ho spesso tentato di evidenziare (*Saggi*, p. 183, 196-197; *Il codice rinviato*, p. 274-276, 303; *La cifra codificatoria nell’opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini* 9, 1980, p. 69-111, specialmente 73 ss.). Mi capita perciò di pensare che i suoi epigoni ignorino tuttora sia la lungimiranza, con la quale prevede le conseguenze della codificazione, che la sua disponibilità ad ammettere che il codice avrebbe comunque rinnovato il diritto.

(105) T. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, in (*Deutsche*) *Juristen-Zeitung* 1971, p. 1-3; IDEM, *Europa und das römische Recht*, in W. Schuhmacher (a cura di), *Perspektiven des europäischen Rechts*, Wien 1994, p. 27-31; IDEM, *Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62, 1994, p. 47-59, specialmente 49-50.

parto moderno del sistema di diritto comune (...) la filiazione che ha consentito al diritto comune di continuare a vivere sotto mentite spoglie” (106).

Venti, trent’anni fa tali affermazioni erano casi isolati, intendevano (forse) solo provocare il lettore. Nel frattempo sono quasi diventate moneta corrente, secondo una tradizione cara — così mi pare — agli autori di tendenza neopandettistica. Se prima accusavano i codici nazionali di aver interrotto una lunghissima tradizione sapienziale comune a tutta l’Europa, e di averlo fatto consapevolmente, ora si ricredono. Li vedono in diversa luce, li considerano strutture flessibili e porose, quando non meditate raccolte di saggezza romanistica. Così ad esempio, affermano i nostri autori, il BGB tedesco si è in realtà accontentato di ribadire il diritto comune dianzi applicato (107); appare loro perciò quale “pandettistica coa-

(106) Così vede le cose e riassume l’esito del suo ragionamento M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione*, p. 81. Vista questa limpida genealogia appare non solo logico, ma letteralmente inevitabile considerare la codificazione quale “momento storico ancora interno alla vicenda del diritto comune” (*ibidem*, p. 75). Recentemente l’autore è tornato su questi temi (*Dal diritto comune alla codificazione: quale discontinuità*, in A. Padoa Schioppa-G. di Renzo Villata-G.P. Massetto [a cura di], *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, I, Milano 2003, p. 25-34), ha ammesso l’esistenza di “discontinuità indubbie” (*ibidem*, p. 27-29), ma nega tuttora che vi sia stato un cambiamento del “sistema nel suo complesso” (*ibidem*, p. 29). Lo proverebbe il fatto che la transizione al (ed il rodaggio del) nuovo sistema furono gestiti “dai giuristi in prima persona”, che confermarono così “la loro perdurante egemonia” (*ibidem*, p. 32). La loro presenza avrebbe cioè garantito una continuità sostanzialmente indolore. Ma ad Ascheri, che mi riserva delicate attenzioni, vorrei altrettanto amichevolmente rispondere che in realtà il codice trasferì la facoltà di *iura condere* (ossia quella di designare quale frammento del passato non era ancora da considerare alla stregua di un ramo secco), finora bene o male appannaggio dei *prudentes*, all’autorità politica, quindi prima o poi al parlamento. Ridisegnando di colpo l’organigramma e rideclinando le competenze degli uni e degli altri. Se bastasse una presenza *qualunque* del giurista per negare l’avvento di un nuovo regime delle fonti, dovremmo logicamente negare anche il cambiamento provocato dall’utilizzo a scopi medici della robotica, solo perché i *robot* vengono pur sempre comandati a distanza da un medico umano. Condividono comunque le riflessioni di Ascheri tutti gli autori che ho citati nei *Saggi*, p. 179 e 181. Ai quali sarebbe oggi da aggiungere H. KOOIKER, *Lex scripta abrogata*, p. 505 e 509-510, poiché vede nella codificazione francese la “dernière phase de la réception du droit romain”, rispettivamente la “réception prolongée de ce droit”.

(107) E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 778, 852. Sulla stessa

gulata in legge”⁽¹⁰⁸⁾. Analogo fu il destino dell’ALR prussiano, per decenni letto, interpretato ed applicato sullo sfondo del diritto comune⁽¹⁰⁹⁾. Persino il glorioso *Code civil* del 1804 non sfugge a questo miracoloso recupero. Già festeggiato quale simbolo del cambiamento, paradigma della legislazione borghese, ambitissima merce d’esportazione della grande nazione, di colpo sembra così rinnegare un passato a dir poco ingombrante. Documenterebbe infatti, sempre secondo gli autori qui discussi, la terza *renaissance* del diritto romano⁽¹¹⁰⁾, quella che (finalmente e felicemente) ne perfezionò la recezione⁽¹¹¹⁾.

linea P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 35; IDEM, *Europa und das römische Recht*, p. 190, 292-293.

⁽¹⁰⁸⁾ Nell’originale: “... in Gesetzesform geronnene Pandektistik”: così R. ZIMMERMANN, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, nota a margine 24. Altri autori vi vedono un “distillato della Pandettistica” (v. ad esempio i nomi citati da A. MANTELLO, “*Il più perfetto codice civile moderno*”. *A proposito di BGB, Diritto romano e questione sociale in Italia*, in *Studia et documenta Historiae et Iuris* 62, 1996, p. 357 ss. Date queste premesse, appare scontato scoprire nel codice “eine Wiederkehr nur vermeintlich überwundener und als veraltet verabschiedeter Rechtsfiguren oder Rechtsregeln” (*ibidem*). Così suggeriva infatti la metafora coniata da Th. Mayer-Maly (vedi *supra*, nota 105), che anche E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 464-468, condivide. Viene periodicamente ‘ripescata’, questa ieratica metafora, senza tener conto delle molte critiche che, nel corso degli anni, e da osservatori molto diversi, ne hanno messo in dubbio la validità. Vedi ad es. H. WAGNER, *Die politische Pandektistik*, Berlin 1985, p. 22; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 20-21; E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 790-791; M. STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 21-22.

⁽¹⁰⁹⁾ Così esplicitamente R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 4.

⁽¹¹⁰⁾ Lo afferma concretamente R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 3, 6, riprendendo una formulazione di H. KOOIKER, *Lex scripta abrogata*, p. 507, 512 (ove si parla anche di una *résurrection* del diritto romano. Come sia però possibile salutare il *Code* quale *renaissance* ed ammettere nel contempo la continuità dell’evoluzione, resta per me un mistero).

⁽¹¹¹⁾ R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 4. Ammettendo questa ‘lettura’ diventa arduo, per non dire impossibile, condividere la critica savignyana del *Code*, che in realtà fu una vera stroncatura. Stupisce inoltre una selezione a dir poco curiosa della bibliografia: privilegia l’ottimo saggio di J. GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, in *American Journal of Comparative Law* 42, 1994, p. 459-505, ma ignora in compenso le opere scritte sul *Code* da autori francesi, italiani e spagnoli, che propongono una visione molto più sfumata ed attendibile del rapporto che ebbe con la sua storia. Mi pare del resto di aver capito che anche J. Gordley non si limita a ribadire la continuità fra la codificazione ed il diritto precedente, ma ammette pure che verso la metà del XIX secolo

L'esito di questa rilettura è sbalorditivo: i codici, in uno con la prassi giurisprudenziale, alla quale diedero vita e che tentò poi di aggiornarli, rappresentano in realtà *solo* l'ultima tappa di un'evoluzione secolare, sostanzialmente ininterrotta, caratterizzata dal primato di quella scienza giuridica, che amava rifarsi al *Corpus iuris* e che a partire dal XII secolo si era ovunque affermata in ambito europeo ⁽¹¹²⁾. Per cui, si sostiene, contrariamente alla versione suggerita dall'ideologia di molti giuristi ⁽¹¹³⁾, a ben vedere non hanno cambiato nulla. Possono perciò, anzi *devono* venir avvicinati, spiegati, applicati ed integrati alla luce delle dottrine del diritto comune ⁽¹¹⁴⁾.

Anche qui il grande Maestro ci aveva dunque preceduti con quell'esempio, che sembra scagionare un po' tutti. Aveva infatti sostenuto che i codici già sanzionati, che così poco corrispondevano alle sue preferenze, *non* ostacolavano l'approccio storico, tipico del vecchio sistema. Per cui, invece di sopprimerli, era preferibile correggerli, appunto ricorrendovi ⁽¹¹⁵⁾. Algida strategia, alla quale rinviano presumibilmente tutti quegli autori, che amano riassumere il loro programma con il laconico appello: "Zurück zu Savigny!" ⁽¹¹⁶⁾.

Quando poi gli stessi autori tentano di catturare il lettore frettoloso o forse disattento, quando tentano di convincerlo di quella continuità, che permette, anzi ordina, di affrontare il codice come se

talune regole del *Code* furono lette diversamente, come suggerivano cioè istanze volontaristiche ed individualistiche, ciò che concorse a modificarne il significato (*ibidem*, p. 459, 462, 466-468, 472, 477-478, 505).

⁽¹¹²⁾ R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 311-312.

⁽¹¹³⁾ R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 249.

⁽¹¹⁴⁾ R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 250-251; IDEM, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, note a margine 17 e 24. Questa linea argomentativa conferma purtroppo l'impetosa canzonatura di R.M. Kiesow "wonach man in die Vergangenheit das reinstopft, was in der Zukunft herauskommen soll" (R.M.K., *Wagnisse*, in *Rechtshistorisches Journal* 19, 2000, p. 479-487, la frase citata a p. 486).

⁽¹¹⁵⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Beruf*, p. 150 ss., 158, 160; IDEM, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 104.

⁽¹¹⁶⁾ P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 84; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 39, nota 265. Non si contano perciò le esortazioni, disseminate nelle opere di questi autori, a tener maggior conto degli insegnamenti savignyani. Vedi ad es. R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis*, p. 309-310; IDEM, *Europa und das römische Recht*, p. 259.

fosse germogliato dalla dottrina medievale, scelgono una lingua appropriata, fatta quindi di suppliche e lusinghe, alle quali non è facile sottrarsi. Scelgono parole tanto struggenti, quanto vaghe. Convincerebbero di più, se fossero più concrete. Una delle esortazioni preferite suona ad esempio così: “Volgiamo lo sguardo verso il passato per capire come e perché il diritto poté divenire quello che è” (117). Bella, penso tra me e me, davvero bella. Ci voltiamo (quasi) tutti a guardare, questo è (magari) vero. Ma non tutti quelli che guardano vedono anche qualcosa. Se poi anche tutti vedessero qualcosa, non vedrebbero le stesse cose. E se, per un delirio d’ipotesi, davvero tutti vedessero le stesse cose, non ne sarebbero colpiti in ugual modo. Questo è l’enigma, che anche le suppliche più struggenti non riescono a risolvere.

IX. *Fra continuità omofonica e rinnovamento giuridico.*

Come e perché poté affermarsi una concezione così addomesticata del codice è invece facile da descrivere. Semplicemente sopravvalutando la portata di tutte quelle situazioni, ove articoli del codice riproponevano letteralmente, parola per parola, regole, frasi e parole del diritto storico, generalmente di quello comune. Sembrò allora facile tracciare una linea retta fra i due estremi e dedurne una continuità di fondo fra la regola antica e quella inserita nel codice. Di un codice, che fu perciò altrettanto facile ritenere tributario della scienza del diritto comune. Ora, che casi del genere davvero ci siano, è fuori discussione e nessuno l’ha mai contestato. Nemmeno si

(117) Nella comunque più suggestiva versione originale: “Wir blicken zurück, um zu begreifen, wie und warum sich das Recht so entwickelt hat, wie wir es heute vorfinden” (R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 312). Analoghi esempi si scoprono nelle opere di Savigny: ad es. nel *Beruf*, p. 154 (“... gleichsam die Brücke hinter sich abwerfend, auf welcher man über den Strom gekommen ist ...”), oppure nel *System*, I, p. XIV-XV (“Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn ...”). Queste frasi nascondono appelli quasi commoventi, ma in realtà inconcludenti, che ogni lettore ‘leggerà’ in chiave inevitabilmente personale. Anche chi accoratamente raccomanda “Anbindung der Gegenwart an früher zustandekommene bzw. sich in der Vergangenheit manifestiert habende Rechtsgrundsätze” (E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 478) non può immaginare quante cose possono venir dedotte, giustificate, propiziate, negate, respinte o ridicolizzate da queste belle parole!

contesta che questa continuità, limitata alle parole, alla loro grafia, al suono che producevano, quando qualcuno le declama(va) — ragione per cui, sperando di non farle torto, la chiamo continuità omofonica — abbia *un* significato. Il problema è un altro: quello a sapere se una semplice omofonia, o un'identità lessicale, siano sufficienti per inferirne anche una continuità di fondo, dunque materiale. Personalmente non lo credo. Perché constato che chi evoca la continuità e se ne avvale per 'leggere' il codice, in realtà ignora sistematicamente tutto quanto avrebbe sconfessato l'esito del reperto etimologico e rimesso in discussione l'euforica conseguenza che ne veniva tratta. Non bada ai contesti temporali e spaziali; nega (o tace) le implicazioni politiche, sociali, economiche e culturali del discorso giuridico ⁽¹¹⁸⁾; stravolge (e in realtà ridicolizza) la codificazione del diritto, riducendola a un inoffensivo *repêchage de termes* e ritenendo superfluo tutto il resto, tutto quanto finora era stato ritenuto nuovo e fondamentale. Certo che se tutto questo viene preventivamente emarginato, si salvano proprio solo la grafia o il suono. Nulla impedirà allora di ritenerli decisivi, di tracciare una linea retta fra i due estremi indicati, e di vedervi la prova della continuità. Di una continuità, sulla quale nessun *malheur* potrà gettare discredito.

Chi non condivide questa lettura della storia della codificazione, poiché la ritiene frettolosa, approssimativa e già per questo motivo poco attendibile, è costretto a riproporre quell'interrogativo di fondo, dal quale dipende poi anche il taglio da conferire all'insegnamento della storia giuridica ⁽¹¹⁹⁾. Volto ad appurare la reale consistenza giuspolitica del codice, da anni proprio questo interrogativo mi rincorre instancabile e non mi dà pace ⁽¹²⁰⁾. Suona

⁽¹¹⁸⁾ Unilateralità, dimenticanze e lacune, che vengono giustamente lamentate da J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in *Rechtshistorisches Journal* 11, 1992, p. 122-144, specialmente 133-134, 138-139; R. OGOREK, *Die Erbschaft ausschlagen?*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 183-191, specialmente 186, come anche *supra*, p. 95 ss.

⁽¹¹⁹⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 189-190.

⁽¹²⁰⁾ Nel novembre di dieci anni fa ho riassunto l'interrogativo qui discusso con queste parole: "È lecito ritenere che un codice rinnovi davvero (come si è spesso proclamato) il diritto materiale?". E l'ho commentato ironicamente così: "È una domanda semplice, ma diabolica: poiché ci attira impercettibilmente in un dedalo, dal quale escono più o meno indenni solo quelli che accettano di rimettere in discussione

concretamente così: codificando il loro diritto, quello materiale come anche quello formale, gli stati ottocenteschi cosa vollero davvero? Intesero anzitutto *cambiare* oppure (solo battendo altre strade) *confermare* il diritto oggetto delle loro attenzioni? Lasciando perdere il dettaglio — sul quale mi soffermo in altra sede ⁽¹²¹⁾ —, quindi anche senza citare singoli articoli dei codici, per derivarne, a seconda della prospettiva scelta, la conferma dell'una o dell'altra tesi, rispondo così:

chi aspira a formulare una risposta *generale*, valida dunque non solo per talune sezioni o per taluni istituti, ma *per tutto* il codice; capace perciò di caratterizzarne la tendenza di fondo, farà dapprima bene a prescindere dall'esame del contenuto concreto e a insistere in compenso sulle *novità formali*. Non analizzerà perciò singole regole, non ne postulerà il confronto con quelle più risalenti nel tempo, oppure sanzionate da legislazioni straniere. Punterà piuttosto su qualcosa d'altro: sulla valenza delle norme, sull'ampiezza del loro vigore, quindi anche sul posto che occupano concretamente in una società. Si accorgerà allora ben presto che da *questo* punto di vista la codificazione modificò radicalmente il diritto, come — ancora una volta — avevano intuito con largo anticipo i seguaci della scuola storica: proprio perché ne cambiò “la forma dell'autorità” ⁽¹²²⁾. Codificare significò perciò elaborare un diritto che si distinguesse da quello precedente non tanto per la diversità (più o meno evidente, più o meno audace) di singole soluzioni, quanto per l'ampiezza della loro presenza, per la loro compattezza, per la loro esclusività. Perché è evidente che una tale strategia, così attenta agli aspetti formali, propiziò poi un esito inevitabilmente totalizzante. Anche senza volerlo esplicitamente il codice, unificando e generalizzando il di-

certezze e convinzioni tanto tralatizie, quanto comode” (P.C., *Coerenza di un civilista*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica* 3, giugno 2000, p. 67-70, la citazione a p. 69).

⁽¹²¹⁾ Ho lambito il tema periodicamente, da ultimo nei *Saggi*, p. 189-190; *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 42-45; *Quando si esaurisce il ciclo delle “redazioni”*. *L'emersione del codice nel XIX secolo*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya*, XI Simposi internacional, *De la redacció del Dret*, Barcelona 2005, p. 257-275. Ma non dispero di poterlo un giorno approfondire.

⁽¹²²⁾ F.G. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, II, Torino 1853, p. 616 ss., il passo citato a p. 627.

ritto, tanto o poco lo stravolse. Conferì automaticamente nuovi significati anche alle numerose regole davvero recuperate dal passato. E ciò facendo lo rese più consono a quel nuovo impiego, al quale aspirava la borghesia emergente.

Riassumo con altre parole: i codificatori scelsero una strategia funzionale al cambiamento. Ma ad un cambiamento meno irritante o provocatorio — già perché meno ‘visibile’ — di quello ottenuto introducendo nuovi istituti. Conseguito quasi solo per via indiretta, facendo leva sulla “forma dell’autorità”, garantendo perciò a tutto il diritto vigente una presenza nuova, perché più compatta, efficace, omogenea. Detto ancora più drasticamente: dilatarono le valenze dell’esistente, *quindi* lo sovvertirono, senza peraltro modificarne le parole, quelle parole che tentavano — come potevano — di ingabbiarlo. Tre furono le modalità decisive di questo intervento.

a) La *prima* rinvia al sistema sotteso al codice: che è notoriamente completo, esaustivo, tendenzialmente autarchico; inaugura perciò, nell’ambito concreto che intende occupare, un nuovo *ordo*. Lo si vede già dalle suddivisioni, dalle categorie, dai concetti che dispone non a casaccio, ma appunto seguendo un disegno unitario. È anche autoreferenziale, questo *ordo*: e quindi — quasi fosse un nuovo universo — rinnova pure le gerarchie fra i singoli elementi del tutto, crea fra di essi nuovi collegamenti, spesso anche nuove dipendenze. È perciò senz’altro possibile che vecchie regole possano cambiare di significato nel momento in cui — formalmente intatte — ne diventano parte. Date queste premesse è facile prevedere come il codice provvederà alle necessarie integrazioni e a colmare le eventuali lacune: non sollecitando un intervento esterno (come sarebbe stato quello eventualmente fornito dal diritto comune), ma facendo capo a valori e direttive interne al sistema ⁽¹²³⁾.

b) La *seconda* ci ricorda che l’unitario messaggio diffuso dal codice si rivolgeva, per la prima volta, a tutti i cittadini. E che ciò non sarebbe stato possibile, se le rivoluzioni borghesi non avessero dapprima neutralizzato la forza politica dei ceti, istituendo a tal modo l’uguaglianza formale di tutti i cittadini. Rivolgendosi uniformemente a tutti, il codice prendeva atto di questa nuova situazione

(123) P. CARONI, “*Privatrecht*”, p. 55-56, 69, 71-73; *Saggi*, p. 7-9, 39-44.

e la estese all'ambito privato, generalizzando la soggettività giuridica. Un gran sogno dell'illuminismo giuridico diventava così realtà: forse solo perché non chiedeva sacrifici a nessuno e nemmeno prevedeva — almeno per il momento — traumatiche transazioni patrimoniali ⁽¹²⁴⁾.

c) La *terza* finalmente sottolinea la nuova valenza del diritto privato, della quale il codice si faceva il portavoce. Suggellava l'emergere di quell'autonomia privata che di colpo ridisegnò l'ambito negoziale nel segno dell'iniziativa individuale e dell'efficienza, a tutti i livelli. Persino lo Stato, abituato finora a ben altre incursioni, dovette riconoscerla e accontentarsi di intervenire dall'esterno e con misure di natura generalmente solo processuale. Se poi, oltrepassando il confine, intendeva anche emanare regole materiali, che prefigurassero l'esito delle trattative private o almeno le incanalassero — sono notoriamente numerose le proposte concrete, che si leggono nei codici giusprivatistici — lo faceva quasi solo graziosamente, ossia non per imporre, ma solo per orientare e consigliare i contraenti. Il diritto così sanzionato era perciò flessibile, dispositivo, propositivo. L'autonomia privata conferiva ai destinatari di questi suggerimenti la facoltà di non tenerne conto, di sostituirvi una disciplina più aderente ai loro desideri concreti. Proclamando l'indiscutibile primato dell'autonomia negoziale, il diritto privato si accomiatava così silenziosamente da un paradigma oramai inservibile, che a lungo aveva privilegiato il diritto imperativo formulato dallo Stato legislatore. Pare lecito supporre che la facoltà legislatrice transitasse così in capo a quei soggetti giuridici, ai quali la libertà contrattuale offriva ora la possibilità di realizzare programmi finora ritenuti proibitivi. Che poi sullo sfondo di questo terremoto, anche il significato concreto di molte regole tralattizie riprese dal codice fosse destinato a subire qualche contraccolpo, mi pare fuor di dubbio ⁽¹²⁵⁾.

L'impressione generale che si evince dall'analisi di queste situazioni e dalle modifiche *formali* che hanno provocato fa intuire la radicalità del cambiamento. Il codice voltò pagina, cambiò il corso della storia *già* perché si presentava come sistema omogeneo, coerente ed autonomo. L'unità che in tal modo incarnava era nuova, poiché autoreferenziale. Ma non riuscì a cambiare il mondo da un

(124) P. CARONI, "Privatrecht", p. 56-57; *Saggi*, p. 10-11.

(125) Raguagli quasi ovvii in P. CARONI, *Saggi*, p. 29 ss.

giorno all'altro. Tutto avvenne invece lentamente, senza colpi di scena, in modo quasi subcutaneo. In altre parole: ci volle tempo prima che una società ora decetualizzata, dopo aver rintuzzato le reazioni e compensato le ricadute che un po' ovunque ne frenavano la corsa, imparasse a sfruttare gli spazi, che il codice le aveva aperto. Ci volle tempo prima che si abituasse ad occuparli, questi spazi, con le sue iniziative ed i suoi programmi, approfittando delle opportunità previste dal codice per investire in modo efficiente e comunque congeniale al ruolo lentamente rivendicato dal mercato. Ma poi, col passare degli anni, il cambiamento si vide, anche ad occhio nudo. Fu dunque la società a reclamare un po' ovunque la rapida sanzione di nuovi codici, poiché ne aveva oramai riconosciuto i meriti: garantivano la libertà dell'iniziativa privata, costringevano i destinatari a valorizzare in modo ottimale tutte le energie, favorivano la completa contrattualizzazione del settore economico, senza peraltro influire, in una direzione o nell'altra, sul tasso delle disuguaglianze materiali. Si condensava in tutto ciò un programma, che sarebbe stato impensabile, dunque irrealizzabile, senza il contesto garantito dal codice, ossia senza la generalità, l'uniformità e la calcolabilità delle sue regole. Un contesto che confermava — fra le altre cose — anche l'ispirazione prevalentemente borghese della strategia codificatrice.

Rispondendo in tal modo all'interrogativo iniziale non intendo anche affermare che il codice abbia fatto strame delle scelte e dei valori tipici dell'Ancien Régime. In realtà si accontentò di meno: se davvero erano sottesi a regole che 'confermava', confidò che venissero — se necessario — automaticamente reinterpretati alla luce dei nuovi principi. Delegò dunque al sistema ed alla sua autodisciplina il compito di ristabilire la coerenza del tutto.

Tutte queste riflessioni prima o poi rimettono in discussione non tanto l'insegnamento della storia in sé, quanto — come dicevo — il suo programma concreto. Perché se è vero che il codice ha un passato, non uno preso a prestito, ma uno *suo*, specifico ed autonomo; se ha una storia che gli appartiene, non si vede perché non si debba tenerne conto, quando si ragiona sul programma didattico che la disciplina vien convocata a svolgere ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁶⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 190, 196-197.

X. *Una terza via.*

Se ha un senso ribadire, e lo si fa spesso, che la statualizzazione del diritto (ossia l'altra faccia della medaglia-codice) ha aperto nuovi scenari anche alla storia ⁽¹²⁷⁾; e se è auspicabile che di tale opportunità si tenga conto non solo nella ricerca, ma altresì nell'insegnamento: *quale itinerario* seguire? Ne ho già praticamente scartati due: quello scelto dagli 'antiquari' ⁽¹²⁸⁾ e quello preferito dai neopandettisti ⁽¹²⁹⁾. Scelgo dunque un terzo itinerario, implicitamente l'ho già rivelato. Circumnaviga pazientemente il continente codificatorio e ne riferisce con rara compiutezza. Sa come viene generalmente descritto e se ne dissocia. Perché la codificazione non è né una disordinata raccolta di materiali, né una miscela più o meno riuscita, nemmeno una transazione fra tradizioni finora autonome e separate. È qualcosa di molto più subdolo, molto più radicale: perché *non cambia necessariamente le carte del gioco* (il che fa impazzire di gioia i neopandettisti, ma la loro gioia dura in verità quanto un battito di ali), *ma ne modifica in compenso le regole*. Quindi, senza dar nell'occhio, riorienta tutto. E pretende logicamente di venir capita, descritta, storicizzata *così*, e non diversamente. Il che significa: senza trastullarsi con ricerche tese a stabilire l'esatta origine storica del suo

⁽¹²⁷⁾ Ragionano con impegno su questa 'palingenesi': P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 42 ss., 81-82; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 416 ss.; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 29; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 17 ss.; E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 776; IDEM, *Von Traumen und Träumen der Rechtsgeschichte(l)e(r)*. *Zu Krise, Paralyse und Katharsis einer gebeutelten Wissenschaft*, in D. Klippel-H.-J. Becker-R. Zimmermann (a cura di), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, p. 137-151, specialmente 138-142; D. KLIPPEL, *Rechtsgeschichte*, p. 129; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 450, 522-524; P. CARONI, *Saggi*, p. 166-167; IDEM, *Il codice rinviato*, p. 279-280; IDEM, *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 43-44.

⁽¹²⁸⁾ Condivido perciò l'opposizione di E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 527. Come anche l'assunto di D. WYDUCKEL, *Schnittstelle von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, p. 136.

⁽¹²⁹⁾ Sono questi i due itinerari, che M. Stolleis descrive e sconsiglia di seguire (M. STOLLEIS, "Fortschritte der Rechtsgeschichte" in *der Zeit des Nationalsozialismus?*, in M. Stolleis-D. Simon [a cura di], *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, p. 177-197, specialmente 182-183). Così anche D. WYDUCKEL, *Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, p. 127-128.

contenuto (*scil.* delle carte da gioco), ma badando piuttosto alla globalità della manovra e alla coerenza del risultato ⁽¹³⁰⁾.

Va da sé che anche questa storia della genesi e dell'applicazione del codice può essere descritta ed insegnata solo tenendo conto della sua storicità, ossia della sua temporalità. Ma cosa significa concretamente tenerne conto? Significa ad esempio interrogarsi sui suoi condizionamenti spaziotemporali e quindi elaborare un racconto che faccia risaltare la dipendenza anche dei suoi momenti forti da congiunture sociali in continuo movimento ⁽¹³¹⁾. Dal che deriva, che una descrizione puramente esterna della genesi dei codici sarebbe insufficiente, potrebbe al massimo introdurre il vero discorso. Preferibile sarebbe piuttosto spiare il lento comporsi e combinarsi di quelle strategie, che hanno propiziato la progettazione, la discussione parlamentare e la sanzione del piano codificatorio. Sono strategie radicate nella società, che quindi ne riflettono, in un modo o nell'altro, anche i conflitti e le tensioni. Che il nostro storico farà bene a non rimuovere, anche se la tentazione di farlo lo assedia. Lo assedia e spesso lo vince: sia perché ritiene di doversi attenere ai fatti più importanti, quindi decisivi; sia perché — in quest'ottica — è difficile non vedere nella promulgazione del codice il coronamento di un sogno e non interpretarne la storia come una marcia trionfale, dalla quale va prudentemente allontanato tutto quanto potrebbe stonare. Sono cose che si possono facilmente capire, forse anche condividere, ma a condizione di non dimenticarsi:

⁽¹³⁰⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 190, 196-199. Salutarmente chiare ed univoche le riflessioni di G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 307-308: "Conoscere la storia di una regola è utile anche per applicarla: l'interpretazione storica non è determinante, ma concorre con le altre tecniche a definire il significato di una disposizione. Tuttavia, tutti quei bagliori di storia non possono oscurare una caratteristica comune alle regole vigenti: la loro attualità dal momento in cui entrano in vigore al momento in cui sono abrogate o cadono in desuetudine. La regola si considera come attuale e viene piegata alle esigenze di volta in volta emergenti; non c'è più differenza di origini, di tradizioni, di prestigio tra una regola e l'altra; i criteri dei loro rapporti sono tipicamente criteri normativi".

⁽¹³¹⁾ La *storicità* ha a che fare con la *storia* del diritto, ma non ne viene del tutto risucchiata. Basta osservare come si comportano i giuristi, per rendersene conto. Amano infatti celebrare il passato, già perché il diritto vigente — scopertamente o meno — lo evoca. Ma solo eccezionalmente ammettono anche i condizionamenti dei quali si parla nel testo, e raramente sono disposti ad accettarne le conseguenze. Sul concetto di storicità sotteso a questo ragionamento vedi *supra*, p. 71-72, 122 ss., 125, 129.

anzitutto del fatto che le idee ed i progetti non si convertono in leggi per forza d'inerzia, ma quando uomini e donne in pelle ed ossa se ne appropriano, si danno da fare per realizzarle. Agendo così per motivi concreti, che dovranno tutti venir appurati e valutati;

secondariamente di una regola, che vuole che le vittorie, in una società antagonista, raramente spuntano come funghi, rispettivamente vengono regalate. Nascono dal dibattito e dalla lotta ⁽¹³²⁾. Le vittorie degli uni sono perciò le sconfitte degli altri. È vero che non è magari il caso di festeggiarle, queste sconfitte. Ma non per questo lo storico può dimenticarle. Gli interessi, le ideologie, le speranze e le paure dei vinti fanno parte della storia del codice, proprio come quelle dei vincitori. E se qualcuno le elimina e le tace, magari per abbellire il quadro, vi vanno prontamente reinserte.

Voltandosi a guardare sarà bene non dimenticare queste raccomandazioni, quindi moderare le attese ⁽¹³³⁾. Che ognuno ha, ma che non tutte è raccomandabile, o indicato, avere. Penso, scrivendone, alla speranza di molti compagni di viaggio: quella di catturare nel passato qualche messaggio che confermi la bontà del diritto vigente, e così facendo lo legittimi. La loro incursione nella terraferma che ci sta alle spalle ricorda le perquisizioni della polizia: irrompono nella casa del ricercato, mettono mano ai materiali che trovano, selezionano senza scrupoli ma non a casaccio, rientrano a passo di corsa con quel bottino che serve ⁽¹³⁴⁾. La mia invece non è una spedizione, ma un vagabondaggio, disagevole ed imprevedibile ⁽¹³⁵⁾. Non è un caso. Cerco infatti altre cose, ossia materiali capaci di gettare qual-

⁽¹³²⁾ Come ha intuito P. UNGARI in uno stimolante scritto semiclandestino, dal titolo rivelatore: *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967. Intitola proprio così (ossia: *La lotta per la codificazione*, Torino 2002) anche Ugo Petronio. Orecchiando consapevolmente Ihering (*ibidem*, p. 5), ma senza citare Ungari.

⁽¹³³⁾ Penso concretamente a quelle 'attese', che ho già evocate in altri contesti (*supra*, p. 77 ss., nonché in ZNR 26, 2004, p. 4-5). Se ne parlo qui, anche per ridimensionarle, come del resto incito a fare nel testo. Aveva visto le cose già *ab initio* più correttamente F. SIMIAND, *Méthode historique et Science sociale* (1903), ora riproposto in *Annales. Economies Sociétés Civilisations* 15, 1960, p. 83-119, specialmente 100.

⁽¹³⁴⁾ *Supra*, p. 73 ss., 182 ss.

⁽¹³⁵⁾ Vedi nello stesso senso già *supra*, p. 77 ss. Riflette a lungo sull'alea di questo errare M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 177 ss., 183-184, 191-192, ecc.

che luce su quella controversa e complessa evoluzione sociale e politica, che si è conclusa con la sanzione del codice. Non mi attendo dal passato la conferma del presente, una benedizione supplementare del diritto *comunque* positivo. Impartita magari da qualche ben disposto *precursore* di questo diritto. Ho desideri, lo dicevo, meno espliciti, persino difficili da circoscrivere esattamente e da quantificare. Mi servono ragguagli disparati e differenziati, che mi permettano di capire in quale contesto sociale le codificazioni furono prima pensate, poi auspiccate e finalmente (se lo furono davvero) realizzate. Questo è il motivo per il quale, a dir la verità, non so nemmeno precisamente ove cercare e se troverò qualcosa. Mi capita persino di scovare reperti che solo se collegati ad altri forniscono informazioni; come anche di aver fra le mani documenti, che solo alla terza o quarta lettura svelano quanto sanno, o quanto seda la mia sete. Oppure di pensare che senza fiuto quasi criminalistico non sia facile concludere positivamente l'esplorazione. Per cui, nell'insicurezza che l'accompagna, è bene non disprezzare tutte quelle tracce, che per un po' accompagnano l'*iter* codificatorio, poi lentamente svaniscono. Rinviano a istituti, regole, o norme sanzionate da tempo, o da tempo discusse, che cammin facendo furono ovvero sostituite da soluzioni ritenute più appropriate o convenienti, ovvero accantonate senza soluzione di ripiego. Chi storicizza proprio solo per recuperare la linea diretta sboccata nei concetti, nei dogmi e nelle soluzioni del codice, vede in quelle tracce null'altro che zavorra, da buttare alla prima occasione. Chi invece sfrutta ogni occasione per sbirciare in quel contesto sociale che vide l'emergere della legge, poiché crede che solo così sia possibile cogliere la portata del messaggio trasmesso dal codice, sarà felice di queste *trouvailles*, per sbiadite e silenziose che siano. Gli sarà infatti facile ricollegare la loro scomparsa alla stessa logica ed allo stesso programma giuspolitico, che avevano ispirato e sorretto il codice fino alla sua sanzione.

Se qualcuno poi ritenesse che, riassumendo come ho appena tentato di fare l'interminabile e movimentata *randonnée* lungo gli arsenali del passato, io abbia concesso un'udienza insolita al mondo del negativo, quello che brulica di progetti non realizzati, di iniziative soffocate, di opposizioni sconfitte e di aspettative disattese, avrebbe ragione non una, ma cento volte. Aggiungerei solo: l'ho fatto consapevolmente, perché convinto di riuscire proprio solo così

a valutare meglio quanto invece emerge, si afferma, arriva in porto. Se è vero infatti che anche il codice finalmente vincente *nega* (superandolo) il passato per tutte le ragioni appena esposte, deve essere possibile misurare l'intensità della spinta rinnovatrice anche ragionando sul mondo appunto escluso. Per far risaltare più nitidamente il contrasto fra il vecchio e il nuovo ⁽¹³⁶⁾. Sappiamo tutti, per esperienza personale, che la percezione delle cose perdute getta nuova luce su quelle che ancora ci rimangono, ne rideclina la valenza. Anche la vita del diritto non si sottrae a questo destino. Così la compattezza e l'esclusività della concezione proprietaria, come furono postulate e realizzate nel corso del XIX secolo, assumono contorni nitidi se considerate sullo sfondo della proprietà tipica dell'economia naturale che, moltiplicando *ad libitum* le opportunità di godimento, frantumava la titolarità del relativo diritto. Lo stesso vale per la libertà contrattuale, il cui contenuto capovolge la situazione precedente, poiché *permette* tutto quanto nell'*Ancien régime* era vietato (o almeno ostacolato) dal reticolo corporativo e dalla miriade di *corpora intermedia*. Anche il primato del diritto dispositivo, che a lungo raggiò silenzioso nei codici giusprivatistici, sarebbe da ricordare qui. Se ne poté infatti misurare la carica innovatrice solo quando si ragionò su quelle teorie di estrazione giusnaturalistica, quindi prerivoluzionaria, che costringevano i titolari di diritti soggettivi a esercitarli secondo le direttive che il sovrano assoluto aveva imposto alla società, quindi mai disgiunti dai relativi obblighi ⁽¹³⁷⁾. Ossia: solo in capo a questo confronto fu possibile intuire la distanza fra il nuovo concetto e quello — strutturalmente imperativo — del diritto precedente.

⁽¹³⁶⁾ P. CARONI, *Il commiato fransciniano di Virgilio Gilardoni*, in *Archivio Storico Ticinese* 28, 1991, p. 41-68, specialmente 61-62, come anche *supra*, p. 78-79, 142-143; R. MARRA, *Diritto e storia nelle società del tempo perduto*, in *Rg/Rechtsgeschichte* 3, 2003, p. 45-48. Da non dimenticare R. Orestano, quando denuncia "il soffocamento, sul nascere, di quella serie di vie nuove verso cui la scienza italiana del diritto avrebbe potuto indirizzarsi e non si è indirizzata" (R.O., *Sulla didattica giuridica*, p. 279).

⁽¹³⁷⁾ Ragione per cui solo il richiamo alle teorie economiche prerivoluzionarie ed alla dottrina giusnaturalistica dell'*officium*, così esemplarmente svolta dal Pufendorf, permette di misurare l'entità del cambiamento.

XI. *Tre punti fermi.*

Attento dunque a tutti questi segnali positivi e negativi, ho tentato per anni di attraversare *quel* passato che ritenevo meritasse di non venir dimenticato, nemmeno da futuri giuristi. Generalmente non fu quello più risalente, lo si sarà già intuito. Anche perché, a ben vedere, il mio compito non era quello di formare antichisti. Ma piuttosto il tempo che ci sta a ridosso, che ci concerne in ben altro modo, ci interpella occasionalmente con qualche petulanza, anche perché rinvia a interrogativi che da tempo ci assediano e ai quali non abbiamo finora dato una risposta convincente ⁽¹³⁸⁾.

Cosa io abbia potuto sperimentare e (forse anche) capire, in tutti questi anni di vagabondaggio, mi appare tuttora complesso, disparato, in parte anche contraddittorio; già per questo fatto sfugge ad ogni riduzione conclusiva. Lascia piuttosto il posto a tre verità, delle quali mi sono convinto cammin facendo. Così da ritenerle ora punti fermi.

1. Anzitutto la scoperta che il passato, persino quello che ci sta alle spalle, non è la preistoria del presente. Non viene rischiarato o perfezionato, nemmeno spiegato, da quanto lo segue. È un paese a sé, autonomo: perciò anche e inevitabilmente *lontano e straniero*. E lo resta, anche se a noi magari fa comodo pensare che introduca magistralmente al nostro presente, che si esprima prefigurando i nostri modi di dire, spianando la strada alle nostre metafore; e che sia per di più popolato da protagonisti che a noi sembrano invece (solo) precursori o pionieri ⁽¹³⁹⁾. La sua diversità, la sua autonomia,

⁽¹³⁸⁾ Sembra perciò corretto ammettere che la selezione delle fonti e della documentazione dovrà ubbidire più a criteri cronologici che materiali.

⁽¹³⁹⁾ Tanto per citare un esempio: persino Eugen Huber, il sacrosanto ‘padre’ del Codice civile svizzero del 1907, indicò nel borgomastro zurighese Johann Jakob Leu, che fra il 1727 ed il 1746 aveva pubblicato un’opera in quattro volumi dal titolo intrigante (*Eidgenössisches Stadt- und Landrecht*) un precursore dell’unità giuridica (E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, I, Basel 1886, p. 1-2, 8). Ma la critica più recente ha mostrato i limiti di questa visione: C. SOLIVA, *Das eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft in der Schweiz des 18. Jahrhunderts*, Wiesbaden 1969, p. 50-52; P. CARONI, *Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: “Vaterländisches Recht”*

bloccano ogni tentativo di interpretarlo ‘pescando’ nel suo futuro, facendo capo ad idee sorte o ventilate solo più tardi — come documenta del resto l’esempio del destriero ridotto ad “automobile senza ruote”, citando il quale qualche anno fa Walter J. Ong ha sorpreso un po’ tutti ⁽¹⁴⁰⁾. Analogamente respinge, questo inafferrabile passato, ogni *avance* volta a cogliere i segni di qualche continuità, comunque intesa ⁽¹⁴¹⁾. Se poi davvero sfugga ad *ogni* tentativo di decifrarlo, come talvolta si afferma ⁽¹⁴²⁾, questo dipende anche dalla natura delle fonti, massime di quelle che ne documentano la storicità.

Ma la ‘lontananza’ di un’epoca, quindi anche l’ ‘estraneità’ delle sue fonti ⁽¹⁴³⁾; se non sono in grado di offrirci modelli, di prevenire a tal modo le nostre scelte, dettandoci una disciplina alla quale attenerci ⁽¹⁴⁴⁾; se rispettano dunque la storicità del tempo, nel quale siamo ingolfati, come ugualmente vi si riflettono? Ha ancora senso ammettere che, in un modo o nell’altro, lo possano rischiarare? Penso di sì, tenterò ora di mostrarlo.

2. Secondariamente la convinzione, radicata nella diversità appena evocata, che non sia corretto leggere *linearmente* l’evoluzione

nella Svizzera settecentesca, in I. Birocchi-A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma 2006, p. 173-197, specialmente 190-197.

⁽¹⁴⁰⁾ W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna 1986, p. 31-32.

⁽¹⁴¹⁾ V. in merito A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 13-14, 33-35, come anche *supra*, p. 193 ss.

⁽¹⁴²⁾ Sul punto P. CARONI, *Sovrani e sudditi nel labirinto del diritto*, in R. Ceschi (a cura di), *Storia della Svizzera italiana dal Cinquecento al Settecento*, Bellinzona 2000, p. 581-596, 702-705, specialmente 595-596.

⁽¹⁴³⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione, passim*, specialmente p. 35-37, 48-49; P. CARONI, *Saggi*, p. 187-188; G. CHITTOLINI, *Un paese lontano*, p. 333-334; E. MUIR, in *Quaderni storici* n. 88, Aprile 1995, p. 250; M. STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 32. Ho ribadito l’ineluttabilità di questa distanza, che vede dunque nel passato piuttosto “un altro presente”, sia nella mia *Prefazione (supra)*, p. 47-49) che *infra*, p. 227 nota 29.

⁽¹⁴⁴⁾ Su quanto distingue modelli da messaggi vedi ad es. P. GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 145-151, specialmente 150; IDEM, *Unità giuridica europea*, p. 40-42, 52.

del diritto, considerare perciò quello attuale quale derivazione causale, quale *germinatio*, da quello precedente⁽¹⁴⁵⁾. Come resistere al fascino dell'implacabilità, con la quale Saint-Exupéry denunciò la "stupidité solide" di generali, architetti, storici e professori⁽¹⁴⁶⁾, tutti ugualmente colpevoli di aver visto nella storia "une longue chaîne de causes et de conséquences"⁽¹⁴⁷⁾. Concezione alla quale oppone la sua certezza, "que la création est d'une autre essence que l'objet créé, s'évade des marques qu'elle laisse derrière elle, et ne se lit jamais dans aucun signe"⁽¹⁴⁸⁾. Il che non esclude necessariamente

⁽¹⁴⁵⁾ Critica della linearità temporale già in F. SIMIAND, *Méthode historique, passim*, con il riassunto alle pagine 118-119. Sottolineano piuttosto l'importanza della "circularité causale", risp. di un approccio preferibilmente sincronico, che tendenzialmente interrompe ogni continuità: P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire, suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, Paris 1978, p. 212-214, 219 ss., 230-233; J. PHYLLIS, *Temps, histoire et droit: de quelques prologomènes à une union sacrée*, in J. Hoareau-Dodinau-P. Texier (a cura di), *Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun*, Limoges 1998, p. 635-673, specialmente 648; A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 22-23; R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 473-474; L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, p. 3-56, specialmente 20; M.T. FÖGEN, *Rechtsgeschichte-Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag*, in *Rg-Rechtsgeschichte* 1, 2002, p. 14-20, specialmente 17-18. Nikolaus Harnoncourt, un direttore d'orchestra atteso ed applaudito ovunque, ha recentemente reso l'idea con queste parole: "Im Wort *Entwicklung* liegt schon der Gedanke an eine Steigerung, während ich finde, dass es sich im Kreis entwickelt. Überhaupt nicht woandershin. Irgendwelche neue Aspekte, die bis jetzt nicht beachtet wurden, kommen dazu, aber auf Kosten von anderen. Es wird für alles bezahlt. Es gibt keine Verbesserung" (v. il testo dell'intervista nella *Neue Zürcher Zeitung* 1.-2. März 1997, p. 66).

⁽¹⁴⁶⁾ A. de SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, in *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 2001, p. 411, 417, 420, 422, 424, 431.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 431. Sul concetto di 'causa' qui sotteso ragiona in modo stimolante F. SIMIAND, *Méthode historique*, p. 92 ss., 105.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 545. È una delle intuizioni fondamentali di questo tardo ed incompiuto 'racconto filosofico'. Nasce dalla convinzione che né la ragione né la logica potranno mai dar conto in modo esauriente di quanto avviene, poiché manca loro (come anche al principio del quale si nutrono, quello dell'incatenamento causa-effetto) la percezione di quanto *davvero* lega i singoli momenti dell'esperienza e in tal modo li trascende, dando vita a qualcosa di nuovo. Convinzione che condividono anche altri scrittori. Ad esempio L. GUSTAFSSON, *Morte di un apicoltore*, Milano 1989, p. 99. Oppure, recentemente, A. TABUCCHI, *Si sta facendo sempre più tardi*, Milano 2001, p. 28: "Lo so che sto facendo un volo pindarico, e che tutto questo non ha logica, ma certe cose, lo sai, non seguono nessuna logica, o almeno una logica che sia comprensibile per noi che siamo sempre alla ricerca della stessa logica: causa effetto, causa effetto, solo per dare un

l'emergere di linee, che in un certo modo colleghino il passato al presente. *In un certo modo*: perché sono tratteggiate, non svelano esplicitamente l'itinerario, talvolta si squagliano, per riapparire poi ove nessuno le cerca. Indicano, con il loro itinerario carsico, una strada poco prevedibile e difficilmente decifrabile ⁽¹⁴⁹⁾.

Anche le peripezie vissute dai messaggi giuridici nel viaggio, lungo o breve, che affrontano prima di raggiungere il loro destinatario, vanno viste in questa luce. Penso a quelle norme, che mancano il bersaglio previsto, ma ne centrano un altro; che strada facendo vengono dimenticate e si insabbiano, poi talvolta riemergono, si riprendono, pronte a comporre nuovi conflitti; che il caso destina a gestire situazioni, per le quali non furono né pensate, né sanzionate; o finalmente che vennero elaborate con intenti più che lodevoli, ad esempio per compensare squilibri ritenuti inaccettabili, ma che vennero poi neutralizzate dalla pressione sociale o dalla prepotenza individuale. Chi non conosce tali esempi? E chi oserebbe negare che la conoscenza della spesso imprevedibile dinamica loro sottesa possa facilitare la lettura dei messaggi finalmente recapitati al loro destinatario?

3. E finalmente la confessione che io, strada facendo, di continuità — intendo di quelle che facevano cadere in *trance* i miei

senso a ciò che è privo di senso. È per questo, come direbbe il mio amico, che hanno scelto il silenzio le persone che nella vita in un modo o nell'altro hanno scelto il silenzio: perché hanno intuito che parlare, e soprattutto scrivere, è sempre un modo di venire a patti con la mancanza di senso della vita". E naturalmente senza dimenticare O. ELITIS, *Il metodo del dunque e altri saggi sul lavoro del poeta*, Roma 1995, p. 65: "Centinaia di anni fa, quando c'erano ancora uomini che non erano stati rinchiusi nella gabbia della causa-effetto, la sedia volava e si camminava sul mare".

⁽¹⁴⁹⁾ Perché allora non ammettere che molto di quanto accade quando nasce il diritto resta avvolto nel mistero (parola oggi impronunciabile, ma ineliminabile)? Se ne era convinto F. GÉNY (*Science et technique en droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, seconda edizione, I, Paris 1922, p. 11), perché non dovremmo esserlo noi? Ragionano in questi termini anche O.v. GIERKE, *Die historische Rechtsschule*, p. 8; P. GROSSI, *Modelli storici*, p. 147; IDEM, *Unità giuridica europea*, p. 40; T. GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 20; A. FOGLIA, *Insegnare a scuola la codificazione del diritto. Stete diventati matti?*, in G. De Biasio-A. Foglia-R. Garré-S. Manetti (a cura di), *Un inquieto ricercare*. Scritti offerti a P.C., Bellinzona 2004, p. 287-316, specialmente 314-316.

compagni di viaggio — non ne ho mai incontrate. Il che, considerato tutto quanto ho già anticipato in merito, non dovrebbe sorprendere. Forse è colpa degli occhiali, peraltro sempre gli stessi, dei quali mi servivo per scrutare, da lontano, i paesaggi che animavano il passato. Mostravano fotogrammi, scatti disperatamente sincronici, istantanee isolate, comunque mai collegabili ad una linea, ad una sequenza. Persino laddove le cose *sembravano* immutate per anni, “avec le fil des jours pour unique voyage”, persino in questi casi, a guardar bene, molte cose cambiavano, giorno dopo giorno ⁽¹⁵⁰⁾. Ma con un’eccezione. Perché almeno *una* continuità ha folgorato (si fa per dire) pure me: perché è anche l’unica in grado di convivere con la storicità del diritto. Ed è purtroppo anche l’unica, che a nessuno piace: ci imbarazza un po’ tutti, mitiga la nostra baldanza. Rinvia al contesto sociale e politico che accompagna — interferendo — l’emergere del diritto. È da sempre antagonistico, purtroppo. Il che spiega perché il diritto risulti da una dialettica, che non mostra tanto *quando* nacque e *come* fu elaborato, ma *perché* suona così e non diversamente: anche così unilaterale, così poco equidistante, così succubo di interessi parziali, ecc. ⁽¹⁵¹⁾. La storia sorretta da questa continuità non sarà perciò necessariamente edificante e spesso nemmeno beneducata. Non ci permetterà di vedere nel diritto vigente sempre e solo l’esito brillante di una lunga serie di mediazioni fra posizioni contrastanti. Non si metterà sempre “dalla parte di quel che è avvenuto” ⁽¹⁵²⁾; non le sfuggirà l’esistenza di progetti abban-

⁽¹⁵⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 22-23. Lapidario M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 244: “Bisogna muoversi, dirò così, su una linea orizzontale o sincronica, scavando nella cultura di un’epoca, piuttosto che lungo una traiettoria dove passato e presente si danno la mano con facilità eccessiva, e gli articoli del BGB o del Code civil sembrano nient’altro che la traduzione, ora più ora meno fedele, delle fonti antiche”.

⁽¹⁵¹⁾ Ragionamenti che rinviano a R.v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, sesta edizione, Leipzig 1907, p. 48 ss. Nello stesso senso A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris 1975, p. 198 ss.

⁽¹⁵²⁾ Così E. CANETTI, *La provincia dell’uomo*, ora in *Opere 1932-1973*, a cura di G. Cusatelli, Milano 1990, p. 1591 ss., la citazione a p. 1756-1757: “La storia presenta tutto come se niente si fosse potuto svolgere altrimenti. Invece si sarebbe potuto svolgere in cento modi. La storia si mette dalla parte di quel che è avvenuto e lo distacca dal non avvenuto costruendo solide connessioni. Tra tutte le possibilità si basa su quella sola che è sopravvissuta. Così agisce sempre la storia, come se fosse dalla parte dell’avvenimento

donati e di strade dimesse; deplorerà l'abisso fra propositi e realizzazioni, fra previsioni e realtà, fra preventivo e consuntivo ⁽¹⁵³⁾. Documenterà impietosamente come massime promettenti e condivisibili furono spesso commutate e poi destinate a soddisfare ambizioni solo settoriali. Esorterà alla prudenza, costringerà a distinguere, insegnerà, per finire, che solo una intrepida cognizione di quelle perdite, che la storia 'avanzando' immancabilmente infligge, ci potrà impedire di vedere nella conclusione di un'era, di un'epopea o anche solo di una legislatura, quell'apoteosi che tutti indistintamente dovrebbe accomunare ⁽¹⁵⁴⁾. A suo modo, ma sensibilmente, ci disorienta e spaesa, questa storia. L'unica 'consolazione', che in compenso procura, non è gran che. È la certezza che il disagio, che ne proviamo, è purtroppo speculare alla società, ne riflette dunque fedelmente i tratti poco rassicuranti ⁽¹⁵⁵⁾.

XII. *The backward look.*

Forse il numero dei giuristi, che quotidianamente si fermano e si voltano a squadrare il passato, felici comunque di non venir perciò mutati "in statuam salis", è più alto di quello che si pensi. Non sarebbe un brutto segno. Certamente, quando lo fanno, muovono tutti dal presente, anche se non ci pensano, persino lo escludono. Ma non tutti lo 'leggono', il presente, in modo uniforme. Questo spiega perché le attese legate alla frequentazione del passato possano divergere, e divergano spesso di molto.

Ognuno ha il diritto di valutare il presente come gli pare; quindi

più forte, cioè di quello realmente avvenuto: non sarebbe potuto rimanere non avvenuto, doveva avvenire. (...) Quegli storici che non sono adoratori del potere non possono scrivere una coerente storia degli Stati". Analogamente già alle pp. 1628-1629. Sono ragionamenti, che Hugo Sinzheimer aveva già formulato nel suo testamento giusfilosofico, pubblicato postumo (H. SINZHEIMER, *Theorie der Gesetzgebung. Die Idee der Evolution im Recht*, Haarlem 1948, p. 87 ss.).

⁽¹⁵³⁾ D. GRIMM, *Recht und Staat*, p. 402-413, 418; P. CARONI, *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 25 ss., 42 ss., 45 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Su quanto si perde, per lo più impercettibilmente, vedi A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 14-15; I. WALLERSTEIN, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, p. 97 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ *Supra*, p. 87-88.

anche di andare alla ricerca di *quel* passato, che gli conviene. Un passato — se ne deduce — possibilmente in sintonia con il messaggio sotteso al presente. Tutto questo è fuori discussione, se il discorso verte sulla libertà del singolo di valutare presente e passato come gli sembra ragionevole o preferibile, quindi anche sulla sua libertà di ricerca. Ma le cose cambiano, e non di poco, se ruota invece attorno al quesito, se sia opportuno attirare l'attenzione di futuri giuristi sulla temporalità dei fenomeni giuridici. Qui le inclinazioni o gli interessi personali dei docenti; le problematiche (im)poste dall'attualità; eventuali condizionamenti logistici: qui tutto ciò è irrilevante. L'unica cosa che conta, volendo o dovendo rispondere all'interrogativo, è la *responsabilità*: quella nei confronti dei discendenti come quella *vis-à-vis* dello Stato, al quale incombe l'organizzazione dell'insegnamento accademico. Se si risponde affermativamente all'interrogativo e ci si batte per il relativo insegnamento, occorre indicarne i motivi. Ed accettare che vengano pubblicamente discussi. Ma vi sono colleghi che fanno di tutto per impedirlo, e spesso purtroppo ci riescono. Sostengono ad esempio che una tale discussione evocherebbe ricordi sgradevoli, assomiglierebbe ad un combattimento di trincea, il che getterebbe discredito sulla disciplina ⁽¹⁵⁶⁾. A me questo pare un ricatto. Chi vi ricorre per indurre l'interlocutore a tacere dimentica però parecchie cose. In particolare il fatto che una tale discussione va ricollegata alla responsabilità appena evocata, e quindi appare non solo opportuna, ma in verità inevitabile. E che il coraggio di intavolarla documenta non tanto il declino, quanto la vitalità della relativa disciplina. Quindi affrontiamola senza paura.

Tre sono le risposte, che generalmente si danno al nostro interrogativo. Riflettono sintomaticamente tre diverse 'letture' del presente. Le riassumo brevemente.

1. Chi professa una disciplina del diritto vigente preferirà normalmente una storia che, senza perdersi in troppi dettagli, arriva

⁽¹⁵⁶⁾ Così R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, p. 315, nota 382; IDEM, *Gemeines Recht heute: das Kreuz des Südens*, in J. Eckert (a cura di), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenbauer zum 8. September 2001*, Heidelberg 2003, p. 601-627, specialmente 602.

subito al sodo, ossia a legittimare questo diritto vigente. È una storia *ad usum delphini*, lo si intuisce subito. Non analizza, non valuta e non rivela, men che meno denuncia, ma *nasconde*. Ai ragionamenti preferisce dichiarazioni ad effetto, così operando spesso chi finge di interrogarsi. Se questi parte dal presente, dà per scontata l'esistenza e la vigenza del diritto positivo. Ne condividerà la struttura e le regole, forse anche (magari con qualche riserva puntuale) i dogmi. Ne avrà interiorizzato la positività. Munito di questo 'viatico' esplora il passato alla ricerca di modelli, che — ne è convinto — non solo ci sono, ma lo attendono altresì con impazienza. Non irrido a questo atteggiamento, perché in fondo anche il positivismo giuridico — dal quale sostanzialmente germoglia — ha (avuto) qualche merito. Ma nemmeno posso condividerlo, già perché lo ritengo poco educativo. La 'storia' che cerca, inevitabilmente trova e sicuro di sé, quindi insospettabilmente, propone sembra infatti ignorare che già il decorso del tempo, proprio solo l'inarrestabile trascorrere delle ore, dei giorni, degli anni, *modifica* il diritto. Chi perciò dalla storia spera di ottenere certezze e garanzie, non foss'altro che nella forma mitigata di una ulteriore legittimazione, si inganna. Se ci crede, crede a fantasmi. Ai quali, almeno insegnando, pare invece opportuno non badare.

2. A chi considera il diritto vigente, massime quello codificato, alla stregua di una (peraltro ben accetta) raccolta di regole e consigli — quella che si potrebbe chiamare un *restatement* ⁽¹⁵⁷⁾, rispettivamente un *prontuario* di norme comunque da tempo indiscutibilmente condivise — la storia offre qualcosa di più. Perché ristabilisce il contatto con la radice. Ne viene letteralmente riabilitato il codice. Già deriso quale sfortunato incidente di percorso, già squalificato quale imperdonabile maldestrezza, di colpo riappare per quello che è: una collezione di perle storiche, una fra le già molte *renaissances* del diritto romano, come abbiamo visto. La storia, mettendo a nudo la radice, svela contemporaneamente la fonte, alla quale si dovrà nel dubbio ricorrere per interpretare, applicare, aggiornare le perle incastonate nel codice. *Questa* specifica storia vive oggi una stagione

⁽¹⁵⁷⁾ *Restatement*: espressione usata da R. ZIMMERMANN, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, note a margine 13 e 20.

di incontenibile euforia: la prospettiva di veder riciclato l'antico modello nell'ambito dell'unificazione del diritto privato europeo la rincuora, come solo può fare un colpo d'ala secco ed inatteso. Ma non va taciuto, nel giubilo attuale, il prezzo che proprio questa storia sborsa per ristabilire la linearità dell'evoluzione, per ribadirne la continuità. Se penso che intima allo storico di ignorare, neutralizzare, tacere, magari schernire tutto quanto, nel corso degli ultimi due secoli, i contemporanei vissero quale svolta ed oggi a molti appare una cesura, questo prezzo mi pare sproporzionato, quindi inaccettabile. Il che mi fa pensare che una storia, che si salva solo perché sopprime sistematicamente i suoi 'nemici', ossia tutto quanto concorre e contraddice, sarà tutto quello che si vuole, ma certamente non è credibile.

3. Anch'io muovo dal presente. Non perché sia preferibile o consigliabile. Perché è inevitabile ⁽¹⁵⁸⁾. Attendo dunque anch'io dove il fiume si getta nel mare, proprio come la storia sbocca nel presente. Accanto ai miei compagni di strada, che ho appena ricordati. Dal presente, *scil.* dal diritto vigente *hic et nunc*, loro sono tuttora ammalati. Il che in fin dei conti mi pare comprensibile. Guardano perciò alla sua storia con gli occhi di un innamorato. Inconsapevolmente ed inevitabilmente scegliendo. Vedono nel fiume, che scende a valle e sbocca nel mare, sempre e solo lo scorrere irresistibile, ordinato, maestoso, quindi anche *un felice presagio*. Qui devo ovviamente dissentire. Già perché il presente non mi incanta. È pur sempre l'esito di un conflitto: di una competizione silenziosa (quella alla quale ci convoca quotidianamente il 'divertente' gioco della concorrenza) o di uno scontro feroce (e qui basterebbe leggere il giornale). E il diritto, questo esito lo sanziona, quindi — consapevolmente o meno — gli conferisce stabilità. Perché dovrei blandirlo? O lasciarmene sedurre? Ne prendo piuttosto le distanze. Tento di non venir rinchiuso nella sua gabbia, di sottrarmi al rigore della sua logica e di non venir abbagliato dal suo 'splendore' — che sento peraltro menzognero. Mi attira piuttosto il suo entroterra, anche quello temporale, dunque la sua storia. Se anticipa qualcosa,

⁽¹⁵⁸⁾ L'avevano intuito, anticipando di qualche decennio la rivoluzione ermeneutica, P. KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 76, nota 2; C. SANFILIPPO, in *Labeo* 2, 1956, p. 196-197.

di questo diritto vigente, è la conflittualità. Il mio fiume, per riprendere la metafora, è dunque in realtà un torrente che scende tumultuoso a valle: incontenibile ed impetuoso, ma anche imprevedibile, come del resto i materiali che convoglia con irruenza e scarica disordinatamente nel mare. Spero di poterne parlare senza incorrere nei pericoli che nasconde e senza cadere nei tranelli che mi tende. Così, con rigore e disincanto.

Da quale idea di codice prenderò le mosse? È difficile dirlo in poche parole. Certamente non mi convince quella che vede nel codice solo una riformulazione del vecchio diritto ⁽¹⁵⁹⁾. Anche se oggi, dopo anni di silenzio, sembra tornare in auge. Se penso alle controversie che il codice sollevò, alle battaglie che precedettero la sua sanzione, questa mi sembra francamente una battuta di cattivo gusto, anche — ma appunto non solo — perché minimizzante. A me invece il codice appare quale esito di una strategia volta ad unificare, *quindi* a innovare. Se è così, la sua storia deve tenerne conto. Non può tacere, o anche solo emarginare, quella che fu probabilmente la molla del cambiamento. Deve parlarne, documentarne le singole tappe, una dopo l'altra, fino al presente. In quest'ottica, che fu pure la mia, chi guarda indietro *non si rispecchia mai*. Perché non scopre solo quei frammenti, dei quali ha bisogno per legittimare ciò in cui crede; frammenti che, come si afferma talora con qualche malizia, fremono dalla voglia di venir scoperti e valorizzati ⁽¹⁶⁰⁾. Dietro al codice si spalanca piuttosto una realtà a lungo nascosta, poiché sconfessa la continuità, mostrando che l'idea di una linea retta e ininterrotta fra passato e presente è una sublime menzogna. Una realtà cioè composita, multiforme, spesso confusa e contraddittoria, fatta anche di cose spiacevoli, quando non opprimenti. Questo è lo scenario nel quale germoglia e cresce l'iniziativa volta a codificare il diritto, che è necessario seguire poi fino al momento in cui — dopo successi parziali, ricadute, stasi e riprese — l'approvazione parlamentare del codice vi mise il punto finale. Questa è la storia, che non ho il diritto di nascondere ai miei studenti, che *devo* loro confidare: sia che ne sentano il desiderio, sia che preferiscano farne a

⁽¹⁵⁹⁾ Come invece propone R. KNÜTEL, *Roms Recht*, p. 143.

⁽¹⁶⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, p. 46.

meno ⁽¹⁶¹⁾. Non è escluso che si alluda proprio a questo approccio e all'urgenza di aderirvi quando vengono evocate le potenzialità critiche della disciplina storica, ossia proprio quelle, che i colleghi del diritto positivo visibilmente non apprezzano troppo ⁽¹⁶²⁾; e quando ne viene auspicata una 'resa' più intrepida ⁽¹⁶³⁾. Che recuperi tutte le reliquie da tempo relegate in magazzino, poiché reputate poco presentabili e comunque invisibili a chi vede nell'avventura codificatrice sempre e solo una marcia trionfale ⁽¹⁶⁴⁾.

XIII. *Il cantiere rimane provvisoriamente aperto.*

Convinto come sono non solo della bontà, ma pure dell'attualità di questo programma, concludo un impegno didattico più che trentennale, affrontato costantemente con gioia inquieta ⁽¹⁶⁵⁾. Mi aveva folgorato da giovane un'*imploratio* della liturgia ambrosiana: "Pastores semper excita, qui mundum permoveant" ⁽¹⁶⁶⁾. Accompagnando, nel corso degli anni, centinaia di giovani giuristi ho tentato di corrispondervi: celebrando la luce senza tacere l'oscurità, comunicando certezze senza nascondere le (sempre più numerose) perplessità. Anche la proposta didattica qui riassunta va in questa direzione. Se verrà ritenuta valida, come spero, dovrebbe garantire

⁽¹⁶¹⁾ Tema visibilmente scabroso, questo, al quale ho già accennato *supra*, p. 87-88.

⁽¹⁶²⁾ Vedi M. STOLLEIS, *Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 200-202: ritiene, con buone ragioni e non senza esperienza, che il potenziale critico inerente alla materia "von den Fakultäten offenbar kaum geschätzt wird" (201). Sul punto anche *infra*, p. 235 nota 47.

⁽¹⁶³⁾ Come fa ad es. P. GROSSI, *Unità giuridica europea*, p. 42, come anche *supra*, p. 84-86.

⁽¹⁶⁴⁾ Senza comunque dimenticare, che proprio nel momento in cui il codice viene sanzionato e si conclude una storia, ne inizia un'altra, diversa e non scontata, alla quale dovremmo dedicarci con maggior slancio, come ho suggerito in *La storia della codificazione e quella del codice, passim*.

⁽¹⁶⁵⁾ Il che mi fa pensare a quella "inquieta felicità (...) propria della ricerca e della conoscenza storica", che provava l'indimenticato Carlo Dionisotti. Alla quale rinvia P.V. MENGALDO nell'*Indice dei libri del mese*, marzo 1995, p. 32.

⁽¹⁶⁶⁾ *Imploratio* a conclusione della liturgia ambrosiana del 26 gennaio (Ss. Timotheus et Titus).

l'equilibrio della formazione accademica. Della quale, difendendo *in primis* la nostra disciplina e le nostre cattedre, ci curiamo forse troppo poco o solo stancamente. Non lo si può negare: l'armonia disciplinare dei curricula di studio, la necessità di evitare ogni selezione unilaterale delle materie, l'urgenza di una preparazione didattica degna finalmente di questo nome: tutte queste cose, che sono tutte essenziali, vengono spesso messe in ombra dalle discussioni sul destino delle nostre cattedre. Il che è sconcertante, ma anche (e purtroppo) comprensibile. Sconcertante, perché riflette un garantismo gretto e fiscale. Ma pure comprensibile, poiché spesso speculare all'indisponibilità dei colleghi che professano diritto vigente. In realtà sarebbe compito loro far risaltare la temporalità di questo loro diritto⁽¹⁶⁷⁾. Non essendone generalmente in grado o non essendone disposti, l'impegno ricade totalmente sulle spalle degli storici. Che da ciò appunto deducono l'insopprimibilità delle loro cattedre.

Perdurando così il dibattito, l'inquietitudine continuerà tranquillamente a farmi compagnia. Come suggerisce (e forse anche vuole) quest'ultimo ossimoro, il cantiere resta perciò provvisoriamente aperto.

⁽¹⁶⁷⁾ Vedi sul punto già *supra*, p. 59-61 ed inoltre E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 847-848.

RIASSUMENDO: UNA STORIA PER IL DOPO-CODICE

“Je ne me préoccupe point, répondit mon père, de courir après le vent pour en faire des provisions, car, si je le tiens immobile, le vent n'est plus”.

A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle* (1939-1944), LXXIX.

I. Introduzione. — II. Tre strategie perdenti. — 1. La strategia antiquaria. — 2. La strategia minimalista. — 3. La strategia massimalista. — III. Un'altra strategia. — 1. Tutto il diritto, anche quello positivo, è sempre 'storico'. — 2. Le due valenze della storicità del diritto positivo. — 3. Recuperare per valutare. — 4. Privilegiare il passato prossimo? — 5. Riassumendo: una strategia inevitabile, massimalista, realista.

I. *Introduzione.*

Mi capita di pensare che gli storici del diritto, quelli almeno attivi nelle facoltà di giurisprudenza — fra i quali dunque mi metto anch'io — certi guai magari se li vanno a cercare. Alludo ovviamente, quando parlo di guai, a tutte quelle situazioni, alle quali pensiamo quando parliamo di 'crisi' della nostra disciplina. E che purtroppo connotano da tempo quella parte delle nostre attività, che dedichiamo all'insegnamento, ossia alla formazione dei futuri giuristi. Le conosciamo tutti, queste situazioni, le temiamo e ne soffriamo, anche se ognuno a modo suo. Non è perciò necessario elencarle qui: basti dire che documentano purtroppo la progressiva rimozione di ogni dimensione temporale dai curricula di studi, il che provoca inevitabilmente anche la soppressione di cattedre, seminari ed istituti, con immaginabili (e temibili) conseguenze anche per l'attività di ricerca.

Stando così le cose, appare comprensibile la reazione degli interessati. È istintivamente *garantistica*, ossia volta a salvare subito il salvabile. Ed altrettanto istintivamente ama rinviare a tempi futuri,

ma a dir la verità mai concretamente precisati, ogni discussione di fondo sul senso dell'approccio storico nell'insegnamento. Tattica magari comprensibile, ma mai realmente pagante.

Quando tentiamo di convincere i nostri (peraltro rari, ma generalmente tenaci) interlocutori, lo facciamo anche con statistiche, che elaboriamo servendoci di comparazioni storiche. Concretamente: dai diversi regolamenti e piani di studi, che ovunque si sono succeduti nel tempo, spulciamo il numero di ore dedicate all'insegnamento di una non meglio precisata 'storia del diritto'. Ne caviamo a tal modo dati che mettiamo a confronto e nel prevedibile esito di questa operazione — tanto elementare quanto problematica — leggiamo la dimensione (inevitabilmente 'catastrofica') del declino che tanto ci turba. Così facendo ci accontentiamo di numeri e di cifre, li separiamo dal 'retrotterra', li liberiamo dalle connessioni che furono le loro, li costringiamo ad un esercizio degno di un *jongleur*, che potrà piacere ad un contabile, ma che in realtà umilia lo storico. E dimostriamo a tal modo la verità di quanto dicevo inizialmente, ossia che nei guai, almeno parzialmente ⁽¹⁾, ci cacciamo da soli. Ma perché?

Perché forse non abbiamo ancora ben capito (o non vogliamo capire del tutto) che anche l'espressione 'storia del diritto' è vaga e polisemica, come del resto tante altre, che affiorano nei nostri ragionamenti e che, imprecisate, propiziano equivoci e malintesi. Qualche esempio? 'Diritto romano', 'diritto naturale', 'diritto comune', 'consuetudine': chi ne parla senza precisare il significato concreto via via conferito a questi termini ⁽²⁾ chiama spesso cose

⁽¹⁾ Anche se mi accontento qui di ragionare su atteggiamenti (e talvolta sulle impermanenze) imputabili agli storici del diritto, non credo che si possa a tal modo spiegare compiutamente l'origine e la portata della 'crisi' della nostra disciplina. Il mio è dunque uno sguardo *consapevolmente parziale*, che non pretende di spiegare tutto e meno ancora di bloccare un'evoluzione spiacevole, ma purtroppo non sorprendente. Al massimo lo spera.

⁽²⁾ Ben vengano perciò i tentativi di favorire il rigore concettuale e terminologico, ad esempio elencando i diversi significati riferibili allo stesso termine. Esempiare in merito R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 9, 455 per l'espressione 'diritto romano'. Analogo esercizio rispetto alla locuzione 'diritto comune' si legge ora in E. CORTESE, *Immagini di diritto comune medievale: Sempre aliud et idem*, in I. Birocchi-A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del convegno

diverse con lo stesso nome ⁽³⁾, si avventura perciò in un labirinto, dal quale escono — se escono — solo i meno maldestri o i più fortunati. Concretamente: anche il significato specifico della ‘storia del diritto’ intesa quale elemento del curriculum accademico dei giuristi dipende dal contesto discorsivo. Dire ad esempio che nella Castiglia, Toscana o Sassonia del XVI secolo la storia del diritto, intesa quale sguardo retrospettivo volto a recuperare e valorizzare (per non dire proprio ‘riciclare’) le esperienze del passato, era momento costitutivo dell’educazione giuridica, è un’affermazione completamente diversa dal sostenere che lo è tuttora, all’inizio del terzo millennio, in Spagna, Italia o Germania. Se anche corrispondessero ambedue alla realtà, queste affermazioni ⁽⁴⁾; se nelle due epoche così diverse la storia fu, rispettivamente è, ritenuta irrinunciabile perché costitutiva, *certo non per gli stessi motivi ed allo stesso modo*.

Non è una gran scoperta, questa, ne convengo ⁽⁵⁾, ma nemmeno va ritenuta ovvia. Ci incita piuttosto a ragionare sul *contesto* delle due situazioni: su quello sociale e politico, certamente, ma soprattutto su quello *testuale*, strettamente legato al sistema delle fonti. Già perché ad esso rinvia inevitabilmente anche ogni discorso sulle materie che rientrano nel curriculum pedagogico. In quest’ottica pare lecito distinguere due periodi:

— quello *antico* conosceva il primato del diritto comune e della scienza che, a partire dall’undicesimo secolo, l’aveva pazientemente elaborato. Culminava nella *interpretatio* sapienziale, alla quale asse-

internazionale Alghero 4-6 novembre 2004, *Ius nostrum* 35, Roma 2006, p. 3-16; analogamente, sul versante germanofono, A. DANIEL, *Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts*, Berlin 2003, p. 37 ss. Ed in punto alla *consuetudo* orientano ora le pagine introduttive di R. GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16. -18. Jahrhundert)*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Band 183, Frankfurt a.M. 2005, p. 3 ss.

⁽³⁾ Sono i casi, come si dice sempre più spesso, di “falsa omologazione”.

⁽⁴⁾ Ma ogni lettrice ed ogni lettore sanno che le riserve, relativamente alla situazione *attuale*, sono più che d’obbligo.

⁽⁵⁾ Lo aveva già capito con disarmante chiarezza Philipp Lotmar in un suo memorabile scritto giovanile, sul quale ho ragionato *supra*, p. 177, 182.

gnava il compito di mettere in armonia le disparatissime e concorrenti fonti inerenti al sistema ⁽⁶⁾;

— quello *moderno* celebra invece la centralità della legge nella sua forma codificata, che va — come talora si dice, semplificando forse oltre misura ed impoverendo così il discorso — non tanto interpretata quanto applicata.

Dalla distinzione risulta con solare evidenza un fatto, che ritengo a dir poco fondamentale, ossia: la *codificazione* del diritto (intesa qui quale procedura) ed il suo esito, ossia il *codice*, fanno — anche in questa specifica contingenza, come del resto in tante altre — da *spartiacque*. C'è dunque un prima e un dopo. Ci sono due vite, due regimi, due contesti, due strutture politiche e sociali ⁽⁷⁾, perciò anche, e necessariamente, due diversi modi di insegnare e di studiare il diritto. Il che significa pure: due diverse ragioni di ricorrere alla storia e due diverse modalità di servirsene per insegnare e studiare adeguatamente.

Nel *sistema delle fonti del diritto comune* tutto ciò appare ovvio e scontato. L'approccio storico vi è determinante, ossia letteralmente *costitutivo* ⁽⁸⁾. Già perché il sistema assegna alla storia, ossia ad uno sguardo intenzionalmente retrospettivo, il compito — preliminare, ma ugualmente fondante — di stabilire quanta e quale parte del diritto emerso nel passato vige e vive tuttora, va perciò applicata. Che è come dire: solo l'esame storico permette di identificare e circoscrivere quel diritto, che oggi chiameremmo *positivo*. Pervade il sistema, questa massima, lo caratterizza, poiché vale *vis-à-vis* di tutte le fonti, quindi non solo di quelle romanistiche (che sono tenden-

⁽⁶⁾ Anche a distanza di anni restano affascinanti le pagine dedicatevi da C. PETT e J. VALLEJO, *La categoria giuridica, passim*.

⁽⁷⁾ Fatto a cui pensiamo raramente, questo, che i fautori del ritorno all'antico sistema delle fonti (di cui dovrò pur dire qualcosa) ovvero ignorano (ma quasi non posso crederlo) ovvero dimenticano. Ne parla, insistendovi a ragione, A. CAVANNA, *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, in A. De Maddalena-E. Rotelli-G. Barbarisi (a cura di), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, volume III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, p. 611-657, specialmente p. 620, 629, 631. Analogamente P. CARONI, *Saggi*, p. 24-25, 56 ss., 108-109, 138-139.

⁽⁸⁾ *Supra*, p. 163 ss., 183.

zialmente sapienziali), ma anche delle altre, massime di origine consuetudinaria ⁽⁹⁾.

Nel *sistema delle fonti attuale* tutto — quindi anche il ruolo della storia — è meno evidente e nitido. Anche perché il diritto positivo non viene più appurato da una indagine storica, ma è sancito ufficialmente dall'autorità politica. Lo domina ora notoriamente la legge. Forte della sanzione politica, guarda *diversamente* alla storia. Se sembra esautorarla, non per partito preso, ma solo in sequela ad un'opzione costituzionale. Non è vero comunque che recida inevitabilmente (così volendo la sua 'struttura') il filo che la legava finora al passato. A suo modo (ossia: meno visibilmente) vi ammicca, forse anche ne vive. Ed apre, così facendo, un fronte interlocutorio, nel quale tutti ancora siamo ingolfati, tutti ancora ci diamo da fare per trovare una via d'uscita. Nasce proprio così quella che ci siamo abituati a chiamare la 'crisi' della storia del diritto: da questo atteggiamento della legge codificata verso il passato, quello remoto come quello prossimo. Da questo schivo *backward look* né preferenziale (come finora), né negatorio, che segnala due fatti: che l'epoca caratterizzata dal dominio incontrastato del 'metodo storico' è sì irrimediabilmente tramontata, ma anche che ciò non pregiudica nulla, men che meno sanziona una chiusura drastica e definitiva. Toccava dunque a noi, una volta percepita la radicalità del cambiamento ⁽¹⁰⁾, darci da fare, propiziare nuove soluzioni, inserirci ed occupare uno spazio che, malgrado tutto, la transizione aveva liberato. A lungo siamo invece restati con le mani in mano, abbiamo sperato che fosse possibile continuare come finora, predicando le stesse, comode certezze, praticando più o meno gli stessi moduli e insistendo forse più di prima — qui stava la sola novità — sull'*incidenza culturale* della conoscenza storica ⁽¹¹⁾. Oggi, mi pare, nessuno più ci crede. Si tentano finalmente altre strade. Quelle che

⁽⁹⁾ Ho tentato di riflettere sulle conseguenze concrete di quest'ultima affermazione in un breve intervento inedito del 2000 (P.C., *Consuetudo: Eine Einführung*, passim).

⁽¹⁰⁾ Quella radicalità che vieta di allestire confronti troppo formali con situazioni risalenti nel tempo e che sconsiglia pure di allestirne statistiche e di derivarne argomenti di peso.

⁽¹¹⁾ Riassumo tali giustificazioni *supra*, p. 58 ss.

conosco, ed a cui alludo, sono molto diverse fra loro, ma qualcosa (purtroppo) le accomuna. Sono tutte fundamentalmente perdenti ⁽¹²⁾. Lo affermo, poiché nessuna fu in grado di bloccare il declino della materia, rispettivamente di combatterne efficacemente la marginalizzazione. Tentiamo allora, se mai ciò è possibile, di capire perché.

II. *Tre strategie perdenti.*

Hanno una matrice comune, queste nuove strategie, perciò le affronto nello stesso capitolo. Nascono infatti tutte in risposta allo stesso interrogativo. Che suona così: *codificatur ut innovetur?* Ossia: quale rapporto istaura (rispettivamente tollera) il codice con il passato giuridico? Lo conferma o lo rinnega? L'interrogativo è tanto antico quanto elementare. Non ha mai perso d'attualità, ogni generazione lo riscopre e lo ripropone o ne viene, suo malgrado, irretita. Se lo affrontiamo tuttora con grande impegno ⁽¹³⁾, è perché ne abbiamo percepito la radicalità. Non è dunque un caso se dobbiamo affrontarlo *anche* nel momento in cui ragioniamo su come gestire la crisi della disciplina storica.

1. *La strategia antiquaria.*

Chi vide nel codice la volontà di interrompere drasticamente ogni collegamento con il passato, una volontà documentata anche dallo statalismo sotteso alla legge, interpretò la transizione — che fu

⁽¹²⁾ Anche se non per gli stessi motivi, il che ci costringe a esaminarle separatamente.

⁽¹³⁾ Vedi già *supra*, p. 188 ss., 194 ss. Fra i contributi che tuttora negano drasticamente l'impatto innovatore dei codici cito, scegliendo fra molti, questi tre: H. HONSELL, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, in J. Eckert (a cura di), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, p. 245-258; R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, *passim*; H. KOOIKER, *Lex scripta abrogata*, *passim*. All'ipotesi contraria si ispira invece lo splendido *Epilogo* di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 539-575. Analogamente hanno recentemente ragionato ad es. I. KROPPENBERG, *Amnesie und Autorität*, *passim*; P. GROSSI, *Code civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini* 35, 2006, p. 83-114.

comunque lunga, laboriosa, persino controversa ⁽¹⁴⁾ — quale conclusione di un ciclo, quello caratterizzato dal valore strumentale della storia. Libero oramai dall'obbligo di leggerla nell'ottica del diritto positivo, in questo senso 'respinto' dal legislatore, si dedicò (finalmente?) a ricerche 'purementemente' storiche, ossia — come ci si abituò a dire — 'antiquarie'. Ripescando a tal modo un termine usato già da Savigny, dal quale trapelava un innegabile scetticismo nei confronti di questa scelta, ritenuta in realtà una deriva ⁽¹⁵⁾

Così reagirono in Germania all'entrata in vigore del BGB, ossia dopo il 1900, celeberrimi romanisti quali Ludwig Mitteis, Leopold Wenger o Paul Koschaker ⁽¹⁶⁾. Le loro ricerche, massime quelle intese a scoprire i segni della presenza romanistica nelle province orientali dell'Impero, restano memorabili nella storiografia giuridica. 'Salvarono' la ricerca scientifica, le garantirono un futuro. Ma toccavano un ambito specialistico, oramai estraneo alle aule accademiche. Se appare perciò leggermente pretestuoso accollare a questi giganti la responsabilità di una crisi aperta in realtà dai codici — come purtroppo si fece, senza distinguere troppo ⁽¹⁷⁾ — nemmeno si può contestare che, muovendosi oramai su un piano lontano dalle richieste e dalle attese dei 'pratici', abbiano implicitamente condannato le loro ricerche all'irrilevanza accademica ⁽¹⁸⁾.

2. *La strategia minimalista.*

Altri storici, forse la maggioranza, vissero in modo meno traumatico la transizione. Se non negarono la realtà della cesura, nemmeno videro nel codice una saracinesca ermeticamente chiusa sul passato. Rivendicarono perciò alla storia, anche all'interno del nuovo sistema, una valenza non solo decorativa o culturale, ma *pure* pratica, quindi a suo modo *operativa*. Se non più costitutiva, come

⁽¹⁴⁾ Ho tentato di ricostruire e commentare questo *iter*, piuttosto lungo e tormentato, che coinvolge pure il problema dell'insegnamento, nei *Saggi*, p. 165-199.

⁽¹⁵⁾ P. CARONI, *Il codice rinviato*, p. 279-280; *supra*, p. 170-171, 180-181.

⁽¹⁶⁾ Ne parla da ultimo, senza celare l'ammirazione che nutre tuttora per le loro opere, R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 17-29.

⁽¹⁷⁾ Qualche rilievo critico su questo indirizzo, che ritengo unilaterale, sta nei *Saggi*, p. 170 ss. e *supra*, p. 178 ss.

⁽¹⁸⁾ Almeno su questo dettaglio condivido E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 527.

voleva il sistema del diritto comune, almeno ancillare, rispettivamente *subordinata*. E si lanciarono alla ricerca dei casi concreti, nei quali il codice sembrava lasciar spazio alla digressione storica. I tradizionali inventari di queste situazioni ⁽¹⁹⁾ sono stati ampiamente superati da una raccolta di studi allestita recentemente in Germania e pubblicata con un titolo più che suadente: “L’utilità pratica della storia del diritto” ⁽²⁰⁾. Le risposte ivi impartite da noti autori al nostro interrogativo possono essere riassunte così: appare utile, persino inevitabile far capo ad un’esplorazione storica in *tre casi concreti*. Nell’ambito dell’interpretazione storica, volta ad appurare la volontà ipotetica del legislatore; in quello della riserva cosiddetta transitoria, della quale fruiscono istituti noti al vecchio diritto, ma estranei a quello codificato, perciò (solo) provvisoriamente tollerati; e finalmente laddove il diritto codificato rinuncia all’unificazione territoriale e rinvia perciò a ordinamenti locali, spesso consuetudinari.

Non è gran che, vien voglia di dire. Si tratta piuttosto di casi rari ed eccezionali, ove alla storia si chiede proprio solo di facilitare il reperimento di una norma recondita, che vegeta magari all’esterno dell’ambito legislativo, ma — tuttora vigente — è sempre ancora applicabile. Il problema è allora quello di sapere se tale ricorso sporadico ai lumi del passato basti a documentare l’utilità della storia, ne giustifichi ancora l’inserimento fra le materie irrinunciabili del curriculum giuridico. C’è in effetti chi ne dubita ⁽²¹⁾, ed è difficile stavolta dargli torto. Pare perciò lecito ritenere che i molti fautori di questa *strategia minimalista* si siano rassegnati ad operare nella penombra, quasi giustificando, a tal modo, l’invadenza penalizzante di chi ritiene la storia quale materia tendenzialmente obsoleta.

⁽¹⁹⁾ Riassunte ad esempio *supra*, p. 57 ss.

⁽²⁰⁾ Si tratta della raccolta di scritti in onore di H. Hattenhauer, curata dal compianto collega J. Eckert e pubblicata nel 2003, già ricordata *supra*, alla nota 13. L’ho recensita dettagliatamente in *Nutzlos, nützlich, notwendig. Welches Prädikat für das ‘problematische’ Lehrfach?*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29, 2007, p. 131-140.

⁽²¹⁾ R. ZIMMERMANN, *Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens*, in J. Eckert (a cura di), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, p. 601-627, sul punto 626. Condivide questa valutazione G. LINGELBACH, *Rechtsgeschichte als Immunschutz vor (allzu) Aktuellem*, *ibidem*, p. 319-330, specialmente 329.

3. *La strategia massimalista.*

Ma a molti storici questa rassegnazione dispiace. Non si accontentano di briciole, irridono ad una presenza sporadica e quasi umiliante. Ne rivendicano piuttosto una continua, sistematica, *strutturale*. Solo questa potendo aspirare a venir inclusa *d'emblée* fra le tappe canoniche del curriculum giuridico.

Chi sono questi storici? Sono quelli che, qualche anno fa, — suscitandone forse il disappunto — ho chiamati neo-pandettisti⁽²²⁾. Numerosi ed efficienti, fuggono le discussioni teoriche, perché le ritengono chiacchiere; ma in compenso occupano una cattedra dopo l'altra. Così, appunto, senza dar troppo nell'occhio. La premessa della loro strategia, che chiamerò *massimalista*, è a dir poco sbalorditiva: nega infatti in tronco l'autonomia dei codici, contesta la loro carica innovatrice, li considera quale tappa ulteriore del lungo ed ininterrotto cammino del vecchio sistema delle fonti. Intrisi come sono di materiali storici e soprattutto di massime romanistiche, i codici — secondo loro — rinviano al concetto di *ius proprium*, ossia di quel diritto che il vecchio sistema ordinava di interpretare, correggere e completare *secundum ius commune*. Questa certezza permette ai neopandettisti di recuperare *in globo* l'antica e celebratissima tradizione sapienziale, di rivalutarla a tutto campo, per poi consegnarla a una scienza giuridica felice di riagguantare, a tal modo, il suo ruolo di primadonna. E li incita comprensibilmente anche a riorganizzare l'insegnamento della storia in conformità a queste opzioni: sul modello, credo, di quanto Savigny insegnava ai suoi studenti berlinesi. Che pensarne⁽²³⁾?

⁽²²⁾ *Supra*, p. 90, et passim.

⁽²³⁾ Considerazioni critiche su questo programma ad es. in A. MAZZACANE, *Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29, 2001, p. 97-111; L. LACCHÉ, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2003, p. 40-71; J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in *Rechtshistorisches Journal* 11, 1992, p. 122-144; W. WIEGAND, *Back to the future?*, in *Rechtshistorisches Journal* 12, 1993, p. 277-284; E. PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 851-859; G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 307-312; A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato. II. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino 2005, p. 119 ss. Non mancano peraltro critiche dal fronte romanista: si veda ad es. A. GUARINO, in *Labeo. Rassegna di diritto romano* 44,

Occorre forse distinguere. È fuori dubbio, va anzi sottolineato esplicitamente, che molti contributi di ispirazione neopandettistica meritano tutta la nostra ammirazione: per la vivacità delle descrizioni, per l'intreccio logico degli argomenti, anche per l'eleganza della forma. L'ho già ricordato altre volte ⁽²⁴⁾, oggi, a distanza di anni, volentieri lo confermo. Preferibile mi pare inoltre sorvolare su esagerazioni, contraddizioni e forzature, nelle quali possono finalmente incappare tutti ⁽²⁵⁾. Detto questo devo però ribadire, con altrettanta franchezza, che considero la premessa di tutto il ragionamento a dir poco temeraria, perciò inaccettabile. Il che secondo me pregiudica irrimediabilmente l'esperibilità del programma didattico che vi si richiama. Per una serie di perplessità e di dubbi che, anche con tutta la buona volontà, non riesco a fugare. Tento di riassumere ⁽²⁶⁾.

Anzitutto: scorgere nei codici solo gli elementi 'storici', che ovviamente ci sono e che nessuno contesta; considerarli la prova dell'appartenenza del codice all'area del diritto comune: tutto ciò mi pare sempre e ancora una forzatura gratuita e inutile, una visione paralizzante "par une hypertrophie de la mémoire" ⁽²⁷⁾. Che nega

1998, p. 253-255; IDEM, *Trucoli di bottega*, IX, Napoli 2003, p. 28 ss., oltre ai già ricordati interventi di Mario Bretone, senza dimenticare una documentatissima riflessione *ante litteram* di R. ORESTANO, *Introduzione*, p. 455-511.

⁽²⁴⁾ *Supra*, p. 91.

⁽²⁵⁾ Hanno peraltro il merito di farci sorridere: così l'interminabile sequenza di *renaissances* e ricezioni del diritto romano (che ricordano a loro modo l'ostinata, incorreggibile anatra goethiana, sulla quale ha ragionato da ultimo S.A. FUSCO, *Continuità e discontinuità nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 1, 1999, p. 29-49), come anche il simpatico (ma forse appunto prematuro) inserimento di un brillante autore, qual è davvero Reinhard Zimmermann, nel novero dei "zivilrechtliche Entdecker". Vedi in questo senso S. MITTELSTEN SCHEID, *Reinhard Zimmermann und das römisch-kanonische Recht als Grundlage einer europäischen Zivilrechtsordnung*, in Th. Hoeren (a cura di), *Zivilrechtliche Entdecker*, München 2001, p. 411-442 (ma ci furono persino romanisti che nutrirono dubbi in merito, vedi C. CASCIONE in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 30, 2002, p. 477). In merito poi alle contraddizioni, quelle almeno ereditate da Savigny, le ammette molto onestamente anche R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*, p. 10-14.

⁽²⁶⁾ Ho riassunto i capisaldi del disegno neopandettistico ed ho elencato i motivi del mio dissenso ad es. *supra*, p. 89-115.

⁽²⁷⁾ Così si esprime J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in P. Nora (a cura di), *Les lieux de mémoire*, II, *La nation*, Paris 1986, p. 293-315, la citazione alla p. 313, nota 6.

per di più l'evidenza, oscura quelle incontestabili novità, che il dopo-codice svela a chi non solo guarda, ma vuole anche vedere.

Secondariamente: mi è estremamente difficile condividere il culto della continuità, al quale si vota il neopandettismo. Soprattutto se la continuità si accontenta (come in molti casi) di sole *omofonie*. E mi disturba la corrispondente concezione della storia giuridica come 'comparazione verticale' (28). Già perché il passato mi è piuttosto terra straniera (29). Per questo motivo — me ne scuso — quando anche gli storici del diritto si accontentano di essere "tireurs de conséquences" (30), prendo il largo.

Per tacere del fatto che, *in terzo luogo*, il sistematico rinvio al passato e soprattutto la sua *indiscriminata* valorizzazione per colmare le lacune del presente possono anche dispiacere poiché denotano grave insensibilità storica (31) e svelano per di più impietosamente il carattere originario della storiografia giuridica, quello di essere nata "al servizio della legittimazione del diritto ufficiale" (32).

(28) La praticano invece con disinvoltura parecchi autori nella raccolta curata da J. Eckert, *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, p. 124, 157, 158, ecc.

(29) È una metafora tanto affascinante quanto polisemica, questa. Logicamente conviene sia a me in questo specifico contesto (ne spiego i motivi *supra*, p. 47-49, 204-205) quanto a molti altri autori. Fermo restando che ognuno vi fa confluire le proprie scelte, rispettivamente vi vede la risposta più o meno convincente alle proprie domande. Così seduce non solo lo storiografo, com'era del resto prevedibile e forse anche auspicabile (G. CHITTOLINI, *Un paese lontano, passim* e specialmente p. 331-333), ma anche il romanista (A. GUARINO, *Il passato è un paese straniero*, in A. Garzya-F. Tessitore [a cura di], *I Venerdì delle Accademie Napoletane nell'Anno accademico 2003-2004*, Napoli 2005, p. 73 ss.) e persino il romanziere (G. CAROFIGLIO, *Il passato è una terra straniera*, Milano 2004, specialmente p. 60, 226).

(30) E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris 1830, I, § 114, p. 137.

(31) Chi considera il passato una *miniera*, dalla quale estrarre a piacimento, e dunque senza troppi scrupoli, tutto quanto vien ritenuto utile al presente (come ad es. E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 516, 526, 533, peraltro emblematicamente fiero di questo "incontro" con la tradizione), non fa certamente opera da storico. Lo hanno ricordato, fra altri: M. BRETONE, *Diritto e tempo*, p. 235-251; J. RÜCKERT, *Norm und Tradition. Ein Schlussbericht und einige Fragen*, in P. Caroni-G. Dilcher (a cura di), *Fra norma e tradizione*, p. 21-32, specialmente 24-25.

(32) Così M. SBRICCOLI nel suo intervento in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 117-133, la citazione (ricordata testualmente *supra*, p. 185 nota 89) a p. 128. Vi vedo una prova ulteriore della discutibilità della scelta. Gli occhi del

Tutto sarebbe *finalmente* scusabile e forse anche emendabile, se queste belle teorie non adombrassero — come invece fanno — una verità incontestabile. Questa: che a dispetto di tutte le continuità di questo mondo, già solo il silenzioso trascorrere del tempo cambia (anche) il diritto, quello vigente compreso. Quando ‘passa’ (e a maggior ragione quando ‘vola’ oppure ‘stringe’), il tempo lascia il segno. E lo fa senza bussare preliminarmente alla porta del legislatore, quindi anche senza chiedergli il permesso. ‘Passa’ e cambia. Tacerlo ai nostri studenti, nascondere loro invocando continuità tanto immaginarie quanto consolatorie, descrivendogli il passato come una ininterrotta sequenza di rinascite, questo secondo me distrugge la credibilità pedagogica del programma. È imperdonabile e condanna senza appello anche questa terza strategia.

Riassumendo: nessuna delle strategie evocate convince, ecco perché le ho ritenute perdenti. Se le prime due non giustificano un insegnamento organico della materia, l’ultima ci riuscirebbe, ma lo farebbe costruendo sulla sabbia, come abbiamo visto. Meglio lasciar perdere.

E allora, che fare? Rassegnarci? Oppure riprovare, battere (se ci sono) altre strade, escogitare nuove strategie? Chi abbia in animo di rispondere affermativamente a queste domande, deve affrettarsi. Perché il tempo (lo dicevo) stringe. Più ci allontaniamo infatti dall’entrata in vigore del nuovo sistema delle fonti, che ha conferito allo Stato il compito esclusivo di circoscrivere ambito e fonti del diritto positivo, meno si è disposti a tollerare strategie che — come abbiamo visto — offrono il fianco a critiche (peraltro giustificate). Urgono nuove proposte, capaci di resistere alla pressione delle materie montanti. Ma quali?

III. *Un'altra strategia.*

Nell’ottica garantista, che è prevalentemente funzionale alla

neopandettista cadranno infatti istintivamente su *quelle* regole del passato, che servono “zur historischen Einordnung und Abstützung des von ihm anzuwendenden heutigen Rechts” (come auspica esplicitamente E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung*, p. 527).

conservazione delle strutture attuali ⁽³³⁾, quanto intendo proporre è purtroppo poco raccomandabile. È meglio dirlo subito, per evitare equivoci. Mi guida infatti un altro desiderio, quello di incidere sulla formazione dei giuristi, di liberarla da qualche condizionamento scomodo e ingiustificato, di renderla più agile e più attenta anche alle grandi coordinate esterne al reticolo dogmatico. Nella speranza che in un futuro non troppo lontano venga finalmente apprezzato anche il contributo che a tutto ciò può dare la *didattica*.

Era perciò inevitabile che, prima o poi, questa mia scelta si scontrasse con la situazione attuale, massime con la tradizionale suddivisione dei compiti fra storici: con i romanisti da una parte, ad occuparsi della storia del diritto comune, ed i cultori della storia giuridica nazionale dall'altra, a elaborare quella del relativo *ius proprium* (spagnolo, tedesco, italiano, ecc.). Una suddivisione che si riflette pure in un numero considerevole (e da molti ritenuto gonfiato) di cattedre, di personale, di unità di ricerca, ecc. Le mie proposte *ignorano* tendenzialmente il desiderio di conservare à *tout prix* questo assetto tacitamente trasmesso di generazione in generazione, ma mai seriamente messo in discussione. Obbediscono a un'altra logica, mirano esclusivamente all'insegnamento. Se le accettassimo, le ore del 'dualismo' sarebbero contate. Del resto — anche se non ci pensiamo mai — già l'evoluzione legislativa lo sconfessa e lo condanna. *Codificandosi* il diritto ha infatti implicitamente soppresso la contrapposizione storica fra *ius proprium* e *ius commune*. Perché ignorarlo, come si fa tuttora? Perché non descriverne finalmente la storia corrispondendovi, com'è già stato proposto, tanto spesso quanto invano ⁽³⁴⁾?

⁽³³⁾ E che lo fa, è bene aggiungere, per motivi che meritano tutto il nostro rispetto, anche se non li condividiamo.

⁽³⁴⁾ P. CARONI, *Saggi*, p. 191-199 e *supra*, pp. 76, 101, 115, 182-183. Recentemente, in senso analogo, L. PAHLOW, *Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft. Zur Einführung*, in L. Pahlow (a cura di), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Paderborn-München-Wien-Zürich 2005, p. 9-24, specialmente 10-11; M. STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 46. Se poi la proposta di rimuovere questo dualismo viene formulata da romanisti, che *comunque* non rinunciano alla tesi della continuità del loro modello (così ad esempio T. MAYER-MALY, *Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62, 1994, p. 47-59,

Succede dunque che ancora una volta il nostro itinerario confluisca con quello codificatorio. Non è un caso. Significa, se vedo bene, che ogni nuova proposta didattica non può prescindere dal misurarsi con il concetto di codice, dall'appurarne la struttura e le opzioni di fondo, l'impatto sociale, la carica innovatrice. Solo tenendo conto di tutto questo, delle risposte che sapremo via via dare a tutti questi interrogativi, potremo avanzare proposte valide ⁽³⁵⁾. Da parte mia mi accontento qui di fissarne qualche caposaldo ⁽³⁶⁾.

1. *Tutto il diritto, anche quello positivo, è sempre 'storico'.*

Chi lo afferma sa che il diritto non è percepibile da solo, allo stato puro ed assoluto, ma sempre e necessariamente in una dimensione temporale. Il tempo non è il suo contesto, gli è piuttosto connaturale. Nel tempo si esprime, al tempo è sottoposto, dal tempo viene connotato, nel tempo ci viene consegnato, al tempo dobbiamo riferirci per capirlo, del tempo dobbiamo finalmente tener conto quando tentiamo di circoscriverne il messaggio. A tutto questo si allude quando si afferma che il diritto è per sua natura 'storico'. Non quindi secondo l'accezione corrente di questo predicato, ossia perché remoto, magari irrimediabilmente obsoleto, perciò dimenticato. Nemmeno perché unico, irripetibile o eccezionale, come quando si afferma che lo sbarco sulla luna fu un evento storico. 'Storico' invece, perché la temporalità gli è inerente, per suo tramite si esprime ⁽³⁷⁾.

Stando così le cose, come non dedurne che la storicità del diritto, *in primis* quella del diritto positivo, *deve* essere segnalata proprio a chi si prepara a gestirlo professionalmente? Se non è necessariamente prerogativa dello storico farlo, è anche vero che proprio a lui tocca farsene singolarmente carico, massime in mancanza di fattive (ipotizzabili ed anche auspiccate, ma purtroppo rare)

specialmente 58), la cosa appare leggermente contraddittoria (e, comprensibilmente, priva di seguito concreto).

⁽³⁵⁾ Ho tentato di capire in quale direzione sia opportuno guardare per intravedere *quel* concetto di codice, del quale mi servo qui per formulare le mie proposte, *supra*, p. 194 ss.

⁽³⁶⁾ Riprendendo P.C., *Saggi*, p. 187 ss., 197-199.

⁽³⁷⁾ Su qualche dettaglio in merito vedi *supra*, pp. 71 ss., 122 ss., 125, 129, 200.

collaborazioni dei colleghi che si occupano esclusivamente di diritto vigente.

2. *Le due valenze della storicità del diritto positivo.*

‘Storicità’ è, anch’esso, termine oramai ambiguo. Serve persino a connotare situazioni difficilmente compatibili ⁽³⁸⁾. Poiché intendo ugualmente servirmene, debbo specificarlo. Per me storicità sta dunque per *inerenza della temporalità*. Se riferita al diritto — è il nostro caso — ha una doppia valenza. La esperimento anzitutto quale

— *storicità verticale* (rispettivamente *diacronia*), legata al fatto che tutto il diritto vigente ci viene consegnato da un passato, da un *ieri* prossimo o remoto. È dunque sempre un messaggio che arriva dall’aldilà, che coinvolge e trasforma tutti i destinatari, di tutti facendo “uomini del passato” ⁽³⁹⁾. Ha dietro di sé un viaggio nel tempo, questo diritto positivo, è sempre nuovamente ‘in arrivo’. Supporre che ci venga consegnato come fu spedito, sarebbe ingenuo ed imperdonabile. È vero (e ovvio) il contrario: il viaggio lo cambia, come abbiamo già visto. Può ben darsi che, quando ci raggiunge, sia irriconoscibile, come lo può essere un messaggio cifrato. Per decriptarlo debbo allora ragionare sul suo viaggio, su quanto gli è davvero successo cammin facendo. Ossia: devo esplorarne il passato. Almeno quello che gli sta a ridosso. A questo primo sguardo se ne appaia un secondo, più attento alla

— *storicità orizzontale* (rispettivamente *sincronia*), ossia al contesto sociale, politico, economico, culturale, al quale il diritto rinvia e dal quale cava la sua valenza specifica. Potrei anche dire: la

⁽³⁸⁾ Chi se ne serve per designare la continuità romanistica presumibilmente leggibile nelle regole dei codici (come vuole il ragionamento di H. HONSELL, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, p. 247, 249, ove si riprendono alla lettera locuzioni che già si leggono in un saggio del 1986-1987, vedi D. Simon [a cura di], *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages von 1986 in Frankfurt a.M.*, Frankfurt a.M. 1987, p. 299-310), dissente necessariamente dal significato che il presente contributo conferisce al termine ‘storicità’.

⁽³⁹⁾ Così chiama G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, p. 53-54 (rispettivamente, nella versione tedesca, *Recht und Zeit*, p. 58 ss.) i giudici, ‘amministratori’ dei relativi messaggi. Ma nulla impedisce di estendere l’appellativo a tutti i destinatari di regole giuridiche. V. anche *supra*, p. 67.

storicità orizzontale incita a prendere sul serio la *socialità* del diritto ⁽⁴⁰⁾, insegna perciò che sarebbe illusorio volerne determinare il significato concreto (ossia attuale) senza collegarlo alla rete di quei valori, dai quali viene regolarmente imbrigliato. Se poi il messaggio, della cui interpretazione si discute, vien recapitato da una codificazione *borghe*se, questo insegnamento diventa comando. Per convincersene basta riflettere su quanto il legislatore borghese aspirava a raggiungere scegliendo di codificare il diritto. Al posto del soffocante reticolo di diritti-doveri del vecchio diritto privato intese creare uno spazio sostanzialmente libero, ove le autonomie negoziali dei soggetti giuridici si incontravano-scontravano, alla ricerca di esiti ‘condivisi’ da tutti i contendenti. Per arrivarci bastava attenersi alle poche cose davvero comuni a tutti i destinatari del messaggio codicistico. Bastava preliminarmente separarle da tutti gli aspetti (ed erano innumerevoli) non comuni, che quindi marcavano le differenze. Solo strutturandosi così il codice poteva davvero rivolgersi in modo uniforme alla ‘nazione’. Questo spiega come l’uguaglianza formale — l’unico aspetto imputabile ugualmente a tutti — potè divenire la chiave di volta di un codice ovviamente ‘egualitario’. Di una legge che, contrariamente a quanto faceva il vecchio diritto privato, non contemplava più, ma scaricava ora tutto il ‘resto’, ossia tutte quelle situazioni, nelle quali si rifletteva la disuguaglianza fra i soggetti giuridici. Come? Elegantemente, quasi impercettibilmente, ossia scegliendo di prescindere, facendone semplicemente astrazione. Se i codici borghesi si accontentano di poco — come si dice spesso — è proprio perché sono il frutto consapevole dell’*astrazione*. Chi intenda valutarli, carpire loro uno dei tanti messaggi che lanciano, farà bene a ricordarsene. Ossia a recuperare e tener conto di tutto quanto fu oscurato, potendosi solo così appurare la valenza giuspolitica delle regole che il codice proclama. E ancora più esplicitamente: l’*uguaglianza formale*, attorno alla quale si svolge tutta la trama dei codici, svela la sua carica solo se viene collegata alla *disuguaglianza materiale*, accuratamente nascosta fra le pieghe dell’economia. Chi rimprovera ai codici borghesi di propiziare lo sfruttamento delle controparti ‘diseguali’, lo può fare solo perché

⁽⁴⁰⁾ Qui ovviamente nel senso di *ubi societas, ibi ius*, che ho specificato *supra*, p. 128 ss., ma anche 95.

‘vede’ questo collegamento e anche quanto discretamente permette ⁽⁴¹⁾. Il messaggio veicolato dalla storicità orizzontale potrebbe perciò venir riassunto così:

se è vero che il diritto è indissolubilmente legato alla società, in essa opera per vocazione naturale, allora diventa inevitabile sapere *come*: massime *come* (a quali condizioni) ne esce, per riversarsi nel codice; e *come* (a quali condizioni) vi rientra, per poi disciplinarla.

3. *Recuperare per valutare.*

Insegnare che anche il diritto positivo è storico ha dunque un significato molto specifico. Mette sul chi vive, orienta preliminarmente sullo stato della norma giuridica, quando raggiunge il destinatario ⁽⁴²⁾. Mostra che al dilà dell’ingannevole (perché inerme) apparenza, questa norma è in realtà frammentaria ed ermetica, ridotta all’osso, scarnificata dall’astrazione, stravolta dal viaggio nel tempo che gli sta a ridosso. Spera perciò che il destinatario si accorga di questo suo stato e la tratti di conseguenza: recuperi il suo entroterra, la riconsegna al suo contesto. Per arrivare a tanto serve un’ermeneutica del sospetto ⁽⁴³⁾, mai disposta ad accontentarsi delle parole, ma determinata ad andare sempre *oltre*. Analogamente servono destinatari affamati del ‘resto’, decisi perciò prima a rintracciarlo, poi a tenerne conto.

Ma come arrivarvi? Non è difficile. Basta capire — lo scavo storico del resto lo facilita — che la regola giuridica, proprio anche quella proposta dal diritto vigente, *rinvia* implicitamente ad una moltitudine di fattori esterni, *dipende* da loro, chiede perciò che vengano adeguatamente considerati. Interpretare in quest’ottica è un’operazione prevalentemente ricuperatrice e riaggregatrice. Approda dapprima alla norma, ma per ripartirne subito. Non teme gli

⁽⁴¹⁾ Sui grandi temi solo riassunti in questa pagina vedi P. CARONI, *Saggi*, p. 21-37, 141-154.

⁽⁴²⁾ Può essere il giudice che interpreta in vista della decisione, l’avvocato che suggerisce, consiglia e patrocina, ma in fondo anche quel *bonus pater familias*, al quale la legge si rivolge direttamente.

⁽⁴³⁾ Ne ho già parlato nella *Advertencia* premessa alle *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, p. 14. Sul punto vedi anche l’accenno di M. FERRARIS in *L’ermeneutica*, Roma-Bari 1998, p. 22.

sconfinamenti, consulta volentieri gli *entourages*, esplora meticolosamente dintorni e paraggi.

Chi condivide queste certezze non si attarda (oramai) più a ragionare sull'elaborazione delle regole giuridiche, su quella che in tedesco si chiama *Entstehungsgeschichte*. Non ne contesta invero la legittimità e la dignità scientifica, ma la ritiene fundamentalmente sterile. Vedrà piuttosto nel codice, come ho più volte ricordato, un' "ossature sans chair" (44), che ogni generazione rimpolpa secondo i desideri via via espressi dai gruppi sociali prevalenti, senza eccessivi scrupoli ed anche senza troppi riguardi per le aspirazioni del legislatore (45). La storia del diritto, in quest'ottica, non è più quella che si conclude con la sanzione della legge, *ma quella che proprio allora inizia* (46). È certamente più imprevedibile e trasgressiva dell'altra. Anche meno edificante. E per di più non consola nessuno. Ma (almeno) non mente, forse proprio per questo ha i suoi proseliti. Chiedono, peraltro garbatamente, maggior spazio nell'insegnamento. Ne hanno tutte le ragioni. Penso si debba aiutarli. È per aiutarli che vergo queste righe.

4. *Privilegiare il passato prossimo?*

Chi mi ha seguito fin qui, condividendo o meno, non sarà sorpreso se già circoscrivendo, come ho fatto, la storicità del diritto positivo privilegio implicitamente il passato *prossimo* (*vis-à-vis* di quello remoto), quello che confluisce immediatamente nel presente. La storia giuridica moderna ne viene rivalutata, quella di epoche più risalenti tendenzialmente adombrata. Sarebbe intollerabile, questo scompensamento, se ci occupassimo dell'insegnamento nelle facoltà di storia, filosofia o magistero. Ove *ogni* epoca rivendica l'attenzione che merita e le preferenze — imposte dal diverso scopo dell'insegnamento — vanno magari in altra direzione. Ma nell'ambito delle

(44) Così J.-F. LAË, *L'ogre du jugement. Les mots de la jurisprudence*, Paris 2001, p. 215.

(45) Come sanno bene i sociologi del diritto. Vedi ad es. E. EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin 1986, p. 97; H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique*, p. 121-133.

(46) È la cosiddetta *Wirkungsgeschichte*, alla cui importanza ho ritenuto opportuno alludere in *La storia della codificazione e quella del codice, passim*.

facoltà di giurisprudenza esso va ritenuto inevitabile. Non è un cedimento rimpetto ad una moda o un *trend* causato dalla pretesa ‘scomparsa’ del latino — com’è già stato maliziosamente osservato. Conseguo piuttosto a un’evidenza: mostra che l’orizzonte dei destinatari del nostro insegnamento è e resta il diritto positivo, ossia quello vigente. La *sua* storicità è il messaggio che dobbiamo far passare.

A chi poi obbietta che solo lo studio di un diritto remoto nel tempo e nello spazio permette di percepire l’effetto straniante della storia, offrendo quel *recol* che sorregge la critica ⁽⁴⁷⁾, risponderai che piglia un abbaglio. Non è infatti necessario ragionare su cose successe mille, duemila anni fa, per registrare affinità e differenze, e trarne le conseguenze del caso. Chi squadra il passato, pronto a cogliervi il riflesso della storicità, non abbisogna di simili acrobazie, le lascia volentieri agli artisti. Sa che già il confronto con l’altro ieri basta per capire come il tempo cambia, dall’interno e silenziosamente, il diritto.

5. *Riassumendo: una strategia inevitabile, massimalista, realista.*

Alle strade battute finora, che — magari sbagliando — ritengo inappropriate (ed in questo senso perdenti) contrappongo dunque un’alternativa che a me pare

— *inevitabile*, poiché riconsidera un aspetto non facoltativo, contingente o decorativo, ma piuttosto *strutturale* del diritto. Se la temporalità è inerente al diritto, ignorarla o trascurarla è fatale e, in

⁽⁴⁷⁾ Chi difende la storia, in vista di metterne a frutto la funzione critica, ma lo fa vagamente, ossia senza precisarne *premesse, metodi e obiettivi*, brancola in realtà nel buio. E le rende in fin dei conti un cattivo servizio. Fra la “coscienza critica” evocata da M. Talamanca (cito qui da F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 33, 2005, p. 83-104, sul punto p. 85), quella a cui allude C. SCHOTT, *Juristenausbildung und Rechtsgeschichte. Gedanken zu Studienreformen*, in *Neue Zürcher Zeitung* 12 febbraio 1992 o finalmente quella, alla quale si riferisce M. STOLLEIS, *Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 200-202) si spalancano in realtà abissi. Per tacere del fatto che, comunque la si concepisca, questa funzione critica non sembra godere troppe simpatie fra i cultori del diritto positivo.

ambito pedagogico, imperdonabile. Per lo stesso motivo l'alternativa risulta magari

— *massimalista*. Offre infatti un parametro di lettura, al quale deve ricorrere non solo sporadicamente, ma *sempre* chi, occupandosi di diritto, aspira a 'leggerlo' correttamente. Ricorda perciò metaforicamente l'occhiale, senza del quale l'orizzonte appare, appunto *sempre*, quale vetro smerigliato. Se poi la chiamo massimalista, questa mia proposta, certo non nel significato appena ricordato (48). Non nega infatti l'evidenza per salvare una continuità. Ha piuttosto una coloritura

— *realistica*, perché dopo aver riconosciuto senza riserve il carattere innovatorio del codice occupa coraggiosamente lo spazio comunque destinato alla storia (49). *Non* però fuggendo l'attualità (come fanno gli antiquari) o accontentandosi di sporadiche supplenze (come i 'minimalisti'). Piuttosto rovistando sistematicamente nel passato: anche se *non* alla ricerca di prove, radici, cause, anticipazioni, prefigurazioni o segni precursori — queste restando le esclusive, peraltro colorite e comunque sempre 'teleguidate' attese di quei seguaci della continuità, che ho chiamati neopandettisti. Ma ansiosa di raccogliere spunti e stimoli per illustrare le cesure, allestire confronti, colmare i silenzi e giustificare le reticenze, in una parola: per spiegare le sconfitte e storicizzare a tal modo i successi che costellano l'*iter* sfociato nel diritto del presente.

(48) V. *supra*, p. 225.

(49) Quest'affermazione rinvia ad un'opinione spesso citata, secondo la quale i codici moderni, recidendo il legame *operativo* con il passato, lo abbandonarono (più o meno consapevolmente) ad una storiografia autonoma, come fu davvero quella degli antiquari. Così fu regolarmente intesa dai molti autori — anche non allineati — che cito nei *Saggi*, p. 166-167 nonché *supra*, pp. 170-171, 180-181. Nulla vieta comunque di interpretarla anche in altro modo, leggendovi ad es. l'invito a *sfruttare l'opportunità in altra direzione, altrettanto (ma diversamente) operativa* di quella soppressa dai codici. È quello che ho suggerito *supra*, pp. 105, 199, 221, e che ho tentato di ribadire in questo intervento riassuntivo.

NOTA BIBLIOGRAFICA

La versione italiana (in realtà una riscrittura) dei contributi inseriti nella presente raccolta, pubblicati inizialmente in tedesco (i primi quattro) e in castigliano (il quinto) si attiene di regola all'originale. Ma se ne scosta ove ciò è sembrato inevitabile per correggere un'affermazione imprecisa, per chiarire una dizione oscura o per alludere ad un nuovo punto di vista, forse più convincente di quello finora preferito. Nel dubbio perciò questa versione italiana prevale. La bibliografia è stata aggiornata solo eccezionalmente.

I titoli e i luoghi della pubblicazione originaria di questi saggi sono i seguenti:

1. *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, versione ampliata di una lezione pubblica tenuta all'Università di Berna nell'aprile del 1992, pubblicata per la prima volta in G. Arzt/P. Caroni/W. Kälin (a cura di), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?* Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums, Verlag Paul Haupt, Bern/Stuttgart/Wien 1994, p. 27-56, poi ripresa in P. C., *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München 2005, p. 1-41;

2. *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, pubblicato dapprima nella *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16, 1994, p. 85-100, poi ripreso in P.C., *Einsamkeit*, p. 43-71;

3. *Blicke über den Gartenzaun. Von der Beziehung der Rechtsgeschichte zu ihren historischen Nachbarwissenschaften*, versione ampliata di una lezione su *Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft* tenuta all'Università di Bayreuth il 17 gennaio 2003 (testo della lezione nella *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 27, 2005, p. 287-295), pubblicata dapprima in L. Pahlow (a cura di), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn/München/Wien/Zürich 2005, p. 27-55, poi ripresa in P.C., *Einsamkeit*, p. 73-115;

4. *Einer langen Reise Rückschau*, versione completamente rielaborata della lezione d'addio tenuta all'Università di Berna il 26 giugno 2003 (testo

di questa lezione nella *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 26, 2004, p. 1-8), pubblicata per la prima volta in P.C., *Einsamkeit*, p. 117-174;

5. Una "historia" para después del Código, testo rielaborato di un intervento ad un *Seminario Internacional* organizzato nel giugno del 2006 a Madrid dall'Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad (Universidad Carlos III de Madrid), dedicato a *El papel de la historia en la formación del jurista europeo*. La versione castigliana (del Prof. Manuel Martínez Neira) si legge nei *Cuadernos del Instituto* 9, 2006, p. 297-318; quella originale, italiana, negli *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli 2007, I, p. 195-214.

ABBREVIAZIONI

- AA.Vv., *Il diritto romano* AA.Vv., *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*. Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza della II Università di Roma, Milano 1989.
- ALPA, *La cultura delle regole* ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma/Bari 2000.
- ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione* ASCHERI M., *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in A. Iglesia Ferrerós (a cura di), *El dret comú i Catalunya. Ius proprium-Ius commune a Europa*. Actes del III.er Simposi Internacional, Barcelona 5-7 de novembre 1992, Barcelona 1993, p. 71-83.
- BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte* BÄUMLIN R., *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich 1961.
- BECK, *Itinera iuris* BECK A., *Itinera iuris. Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben. Festschrift zum 80. Geburtstag des Verfassers am 5. August 1980*, Bern 1980.
- BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto* BERLINGUER L., *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici* 15, 1974, p. 3-56.
- BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002.
- BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht* BLUNTSCHLI J.C., *Deutsches Privatrecht*, Zweite Auflage, München 1860.
- BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule* BÖCKENFÖRDE E.-W., *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in *Collegium philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel/Stuttgart 1965, p. 9-36.

- BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht*
- BRETONE, *Diritto e tempo*
- BRUNNER, *Der Historiker*
- BUCHER, *Rechtsüberlieferung*
- CALASSO, *Storicità del diritto*
- CALASSO, *Introduzione al diritto comune*
- CARONI, "Privatrecht"
- CARONI, *Consuetudo: Eine Einführung*
- CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch*
- CARONI, *Il codice rinviato*
- CARONI, *Il mito svelato*
- CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*
- CARONI, *Per una storia finalmente sociale del codice*
- CARONI, *Rechtseinheit*
- BRAUNEDER W., *Europäisches Privatrecht- aber was ist es?*, in ZNR 15, 1993, p. 225-235.
- BRETONE M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Nuova edizione aggiornata, Roma/Bari 2004.
- BRUNNER O., *Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift* 209, 1969, p. 1-16.
- BUCHER E., *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 8, 2000, p. 394-543.
- CALASSO F., *Storicità del diritto*, Milano 1966.
- CALASSO F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.
- CARONI P., "Privatrecht": *Eine sozialhistorische Einführung*, Zweite Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1999.
- CARONI P., *Consuetudo: Eine Einführung*, in *Commentationes historiae iuris helveticae* 5, 2010, in corso di stampa.
- CARONI P., *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003.
- CARONI P., *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in P. Cappellini/B. Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, p. 263-307.
- CARONI P., *Il mito svelato: Eugen Huber*, in ZSR NS 110, 1991, I, p. 381-419.
- CARONI P., *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29, 2001, p. 55-81.
- CARONI P., *Per una storia finalmente sociale del codice*, in Tavolarotonda 1. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea, a cura di A. Romano, Milano 2004, p. 25-49.
- CARONI P., *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt a.M. 1986.

- CARONI, *Saggi* CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998.
- CARONI, *Statutum et silentium* CARONI P., *Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario*, in *Archivio storico ticinese* 32, 1995, p. 129-160.
- CARONI/DILCHER (a cura di), *Fra norma e tradizione* CARONI P./DILCHER G. (a cura di), *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln/Weimar/Wien 1998.
- CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto* CASSESE S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008.
- CAVANNA, *Storia dell'Europa e diritto* CAVANNA A., *Storia dell'Europa e diritto, in Europa di ieri e di domani*. Atti dell'Istituto lombardo di Scienze e lettere, Anno 1990, Milano 1991, p. 25-47 (ed ora pure in A.C., *Scritti [1968-2002]*, Napoli 2007, II, p. 689-710).
- CHITTOLINI, *Paese lontano* CHITTOLINI G., *Un paese lontano*, in *Società e storia* 26, 2003, p. 331-354.
- DILCHER, *Beitrag* DILCHER G., *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 184, 1984, p. 247-288.
- DILCHER, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte* DILCHER G., *Zur Rolle der Rechtsgeschichte in einer Sozialgeschichte des 20. Jahrhunderts*, in *ZNR* 21, 1999, p. 389-407.
- ECKERT (a cura di), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte* ECKERT J. (a cura di), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001, Heidelberg 2003.
- GARNOT (a cura di), *L'infrajudiciaire* GARNOT B. (a cura di), *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*. Actes du colloque de Dijon 5-6 octobre 1995, Dijon 1996.
- GARRÉ, *Non di solo diritto* GARRÉ R., *Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto e altri ordinamenti normativi*, in *Forum Historiae Iuris*, 14 febbraio 2003.
- GIARO, *Europäische Privatrechtsgeschichte* GIARO T., *Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung*, in *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 21, 1994, p. 1-43.

- GIERKE, *Die historische Rechtsschule*
- GRIMM, *Recht und Staat*
- GROSSI (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto*
- GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*
- GROSSI, *Assolutismo giuridico*
- GROSSI, *Unità giuridica europea*
- HESPANHA, *Introduzione*
- HESPANHA, *Une "Nouvelle histoire" du droit?*
- HUSSERL, *Diritto e tempo*
- HUSSERL, *Recht und Zeit*
- KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte*
- KLIPPEL, *Rechtsgeschichte*
- KLIPPEL, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*
- GIERKE O., *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903.
- GRIMM D., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1987.
- GROSSI P. (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, Milano 1993.
- GROSSI P. (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 1986.
- GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.
- GROSSI P., *Unità giuridica europea: Un Medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini* 31, 2002, p. 39-57.
- HESPANHA A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999.
- HESPANHA A.M., *Une "Nouvelle histoire" du droit?*, in Grossi P. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 315-340.
- HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano 1998.
- HUSSERL G., *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1955.
- KLIPPEL D., *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 4, Giessen 1985.
- KLIPPEL D., *Rechtsgeschichte*, in Eibach J./Lottes G. (a cura di), *Kompass der Geschichtswissenschaft*, Göttingen 2002, p. 126-141.
- KLIPPEL D., *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte. Recht und Rechtsgeschichte in der historischen Familienforschung*, in Mohnhaupt H. (a cura di), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, *Ius Commune*,

- Sonderhefte* 32, Frankfurt a.M. 1987, p. 267-280.
- KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht* KNÜTEL R., *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2, 1994, p. 244-276.
- KOOIKER, *Lex scripta abrogata* KOOIKER H., *Lex scripta abrogata. De derde Renaissance van het Romeinse recht. Een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw. I. De uitwendige ontwikkeling*, Nijmegen 1996.
- KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* KOSCHAKER P., *Europa und das römische Recht*. Vierte unveränderte Auflage, München/Berlin 1966.
- KOSCHAKER, *Die Krise* KOSCHAKER P., *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München/Berlin 1938.
- KRAUSE, *Der Historiker* KRAUSE H., *Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift* 209, 1969, p. 17-26.
- KROESCHELL, *Abschied von der Rechtsgeschichte?* KROESCHELL K., *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, in *(Deutsche) Juristen Zeitung, Sonderheft zu Fragen der Studienreform*, November 1968, p. 20-26.
- KROPPEMBERG, *Amnesie und Autorität* KROPPEMBERG I., *Amnesie und Autorität. Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrages zu einem europäischen Privatrecht im Europa der Kodifikationen*, in *Europäisches Privatrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005, p. 61-78.
- LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit* LE GOFF J., *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in Grossi P. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 23-63.
- LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique* LÉVY-BRUHL H., *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, in *Méthode sociologique et droit*. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg 26-28 novembre 1956, Paris 1958, p. 121-133.

- LIVER, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts* LIVER P., *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht*, in ZSR NS 90, 1971, I, p. 369-384.
- LLOMPART, *Geschichtlichkeit* LLOMPART J., *Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, Frankfurt a.M./Berlin 1968.
- LOTMAR, *Contravindication* LOTMAR P., *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München 1878.
- LOTMAR, *Schriften* LOTMAR P., *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, a cura di J. Rückert, Frankfurt a.M. 1992.
- MAFFEI, *Gli inizi* MAFFEI D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Ristampa inalterata, Milano 1964
- MARINI (a cura di), *La polemica sulla codificazione* MARINI G. (a cura di), *A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982.
- MITTEIS, *Lebenswert* MITTEIS H., *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar 1947.
- MOMIGLIANO, *Le conseguenze* MOMIGLIANO A., *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1966, p. 21-37.
- MOMMSEN, *Juristische Schriften* MOMMSEN T., *Juristische Schriften*, Band III, Berlin 1907.
- ORESTANO, *Introduzione* ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- PETIT/VALLEJO, *La categoria giuridica* PETIT C./VALLEJO J., *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, in *Storia d'Europa* (Einaudi), III, *Il Medioevo*, a cura di G. Ortalli, Torino 1994, p. 721-760.
- PIANO MORTARI, *Aspetti* PIANO MORTARI V., *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli 1970.
- PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale* PIANO MORTARI V., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962.
- PICKER, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte* PICKER E., *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 201, 2001, p. 762-859.
- RAGGI, *Scritti* RAGGI L., *Scritti*, Milano 1975.

- RANIERI, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*
- RAVIGNY, *Beruf*
- SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società*
- SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese*
- SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*
- SCHULZE, *Gemeineuropäisches Privatrecht*
- SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche*
- SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*
- STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben*
- WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*
- RANIERI F., *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, in Schulze R. (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Band 3, Berlin 1991, p. 89-101.
- RAVIGNY F.C.v., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, citato nell'edizione di J. Stern, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914.
- SBRICCOLI M., *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in Grossi P. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 127-148.
- SCHIAVONE A., *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma/Bari 1984.
- SCHIAVONE A., *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno*, Bari 1980.
- SCHULZE R., *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in Müller-Graff P.-C. (a cura di), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, p. 71-93
- SCHULZE R., *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Revue historique de droit français et étranger* 70, 1992, p. 29-48.
- SCHULZE R., *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht. Das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte*, in Schulze R. (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, p. 3-36.
- STOLLEIS M., *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, Jacob Burckhardt-Gespräche auf Castelen, Heft 21, Basel 2008.
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Zweite neu bearbeitete Auflage, Göttingen 1967.

- WYDUCKEL, *Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*
- ZIMMERMANN, *Das bürgerliche Gesetzbuch*
- ZIMMERMANN, *Das römisch-bolländische Recht*
- ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*
- ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*
- ZIMMERMANN, « *Heard melodies* »
- ZIMMERMANN, *Heutiges Recht*
- ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis*
- ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*
- WYDUCKEL D., *Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte. Warum die Rechtsgeschichte der Rechtstheorie und die Rechtstheorie der Rechtsgeschichte bedarf*, in Atienza M.-Pattaro E.-Schulte M.-Toporin B.-Wyduckel D. (a cura di), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, p. 109-140.
- ZIMMERMANN R., *Das bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts*, in Schmoekel M.-Rückert J.-Zimmermann R. (a cura di), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240*, Tübingen 2003, p. 1-33.
- ZIMMERMANN R., *Das römisch-bolländische Recht und seine Bedeutung für Europa*, in (Deutsche) *Juristen Zeitung* 45, 1990, p. 825-838.
- ZIMMERMANN R., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in (Deutsche) *Juristen Zeitung* 47, 1992, p. 8-20.
- ZIMMERMANN R., *Europa und das römische Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 202, 2002, p. 243-316.
- ZIMMERMANN R., « *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...* », in *Archiv für die civilistische Praxis* 193, 1993, p. 121-173.
- ZIMMERMANN R., *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, in Zimmermann R. (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, p. 1-39.
- ZIMMERMANN R., *Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*, in Caroni P.-Dilcher G. (a cura di), *Fra norma e tradizione*, 1998, p. 281-321.
- ZIMMERMANN R., *Usus hodiernus Pandectarum*, in Schulze R. (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, p. 61-88.

Quaderni fiorentini	<i>Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno</i>
Rg/Rechtsgeschichte	<i>Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institutes für europäische Rechtsgeschichte</i>
Z _{NR}	<i>Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte</i>
Z _{RG}	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte</i>
Z _{SR}	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i>

INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i> di ITALO BIROCCHI	1
<i>Prefazione</i>	41

L'ALTRA EVIDENZA DELLA STORIA GIURIDICA

I. Perché insegnarla?	51
II. Quando ci vuole?	54
III. Qualche esempio	56
IV. E qualche prova contraria	57
V. L'apparente atemporalità dei dogmi	61
VI. Il tempo nel diritto. Tre situazioni.	62
1. Vivere significa ricordare.	63
2. Il messaggio alterato	66
3. L'astrazione e la sua storia.	68
VII. La storicità del diritto.	71
VIII. Se ci vuole, <i>quale</i> storia?	73
IX. Un'altra risposta allo stesso interrogativo	77
X. Scoprire un nuovo paesaggio.	80
XI. Gli occhiali, senza i quali è difficile leggere	84
XII. Conclusione	88

IL NAUFRAGIO DELLA STORICITÀ

I. Un desiderio e la sua scoperta	89
II. Recezione e continuità	91
III. Il passato come prefigurazione del presente?	93
IV. Purismo giuridico e le sue conseguenze	95
V. <i>Ius commune</i> : "una ellissi di pensiero"?	99
VI. Svalutare il codice.	104
VII. Il presente quale semplice tappa	109
VIII. Spavento e disincanto	110

IX.	Un modello utile?	112
X.	<i>Conclusio</i>	114

SPIANDO IL VICINO

I.	Un interrogativo consapevolmente unilaterale.	117
II.	La storicità del diritto.	122
III.	<i>Ubi societas, ibi ius</i>	128
IV.	La struttura antagonista della società	132
V.	La norma giuridica e la sua attuazione	136
VI.	Lo sguardo immediato	143
VII.	Il diritto nella concorrenza	147
VIII.	<i>Conclusio</i>	156

DAL CAPOLINEA

I.	L'esempio dei poeti	159
II.	Dalla 'prima' alla 'seconda' vita del diritto romano.	162
III.	L'umanesimo giuridico: <i>cum philologia et historia</i>	167
IV.	La scuola 'storica'	169
V.	Primi risultati: la valenza della 'storia' nel vecchio sistema delle fonti.	176
VI.	E quando emerge il codice?	178
VII.	Dualismo delle fonti e sue conseguenze	182
VIII.	Il codice del diritto comune	186
IX.	Fra continuità omofonica e rinnovamento giuridico	193
X.	Una terza via	199
XI.	Tre punti fermi	204
XII.	<i>The backward look</i>	209
XIII.	Il cantiere rimane provvisoriamente aperto	214

RIASSUMENDO: UNA STORIA PER IL DOPO-CODICE

I.	Introduzione.	217
II.	Tre strategie perdenti	222
	1. La strategia antiquaria	222
	2. La strategia minimalista	223
	3. La strategia massimalista	225
III.	Un'altra strategia	228
	1. Tutto il diritto, anche quello positivo, è sempre 'storico'	230
	2. Le due valenze della storicità del diritto positivo	231
	3. Recuperare per valutare	233

4. Privilegiare il passato prossimo?	234
5. Riassumendo: una strategia inevitabile, massimalista, realista	235
<i>Nota bibliografica</i>	237
<i>Abbreviazioni</i>	239

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE