

Giordano Ferri

Per una storia del diritto moderno e contemporaneo

(a proposito di Mario Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2012)

Con questo volume Mario Caravale dà seguito ad un discorso di storia del diritto moderno e contemporaneo già avviato nel suo contributo monografico *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna* (Bologna 2005), denso di insegnamenti metodologici e fecondo di prospettive scientifiche.

Il testo delinea le radici e gli sviluppi degli ordinamenti giuridici europei in un'ottica che tiene conto delle diverse posizioni assunte dalla storiografia giuridica, soprattutto in merito al delicato passaggio dall'età del particolarismo giuridico di Antico Regime all'età delle stabilizzazioni normative del XVIII-XIX secolo, che costituisce il nervo centrale del libro.

Un arco di tempo, quello prescelto dall'Autore, che vede aprirsi un ventaglio di questioni e problemi giuridici su cui si sono concentrati in Italia, dopo il contributo del giovane Carlo Ghisalberti¹ dei primi anni '60, cui si deve una prima ricostruzione organica della storia costituzionale italiana ed europea, e l'autorevole impegno scientifico di Guido Astuti² dei primi anni '70 del Novecento³, numerosi lavori di storici del diritto⁴ e di studiosi del diritto positivo⁵, specie dell'ultimo decennio.

¹ C. Ghisalberti, *Storia delle costituzioni europee*, Torino 1964, *passim*. Tale contributo fu preceduto da Id., *Le costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milano 1957, *passim*.

² G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in «Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale», XIV-XVII, 1974, pp. 1-87.

³ In quegli anni era molto diffuso in Italia il lavoro di A.J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris 1969, *passim*. Rilevanti nella cultura giuridica italiana furono anche i contributi di: A. Azara, *Codici italiani degli antichi Stati*, in «Novissimo Digesto Italiano», III, 1959, pp. 398 ss.; V. Piano Mortari, *Codice – Premessa storica*, in «Enciclopedia del diritto», VII, 1960, pp. 227 ss.; P. Ungari, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, *passim*.

⁴ Facendo riferimento per lo più ad alcuni contributi monografici, si vedano: I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, *passim*; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, *passim*; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 2005, *passim*; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino 2007, *passim*; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006, *passim*; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma 2007, *passim*; G.S. Pene Vidari, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007, *passim*; A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, *passim*; M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano 2009, *passim*; G. Cazzetta, *Codice civile e identità nazionale. Persorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, *passim*; A. Lupano, *Cultura giuridica, costituzioni, diritti della persona. Appunti delle lezioni svolte per il corso di Scienze della Formazione*, Torino 2011, *passim*.

⁵ Si pensi a: N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, *passim*; S. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'Incontro di studio. Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano 2002, pp. 541-578; C. Angelici, *Discorsi di diritto societario*, in C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, U. Petronio, P. Spada, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano-Roma 2008, pp. 141-182; P. Spada, *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, U. Petronio, P. Spada, *Negozianti e imprenditori*, cit., pp. 117-139; N. Irti, *Diritto senza*

Per quanto concerne le stabilizzazioni normative di diritto privato, la storiografia giuridica contemporanea ha seguito prevalentemente due prospettive di indagine. L'una misura il codice come prodotto normativo attraverso il quale lo Stato-legislatore ha rivendicato il suo ruolo di fonte esclusiva dell'ordinamento giuridico, imprimendo alle nuove iniziative legislative i caratteri della completezza e della autointegrazione, ragion per cui la soluzione dei casi concreti poteva aver luogo solo nella normativa generale ed astratta in esse contenute⁶. L'altra, per converso, vede i codici come prodotti voluti dal legislatore francese per riunire in maniera coordinata la disciplina valida per tutti i cittadini dello stato e per porre dunque rimedio al fenomeno del particolarismo giuridico di Antico Regime, senza per questo prematuramente ambire ai caratteri della completezza e della autointegrazione propri dello statual-legalismo: il legislatore, al fine di realizzare un tessuto normativo uniforme in tutto il territorio della Francia, territorio caratterizzato dalla frammentarietà e pluralità di statuti personali e reali e dalla profonda varietà delle *coutumes*, aveva adempiuto alle istanze sociali rivoluzionarie ossia a quanto contenuto nei *cabiers de doléances*, assemblando, con criteri di coordinamento tra le varie disposizioni normative, il materiale giuridico della tradizione del *droit coutumier* e del *droit écrit* in un corpo unico di regole che potesse garantire ai cittadini la tutela dei diritti fondamentali e il funzionamento della giustizia⁷.

Mario Caravale si addentra così nell'analisi della formazione dei codici moderni, fin dalla descrizione «della nuova temperie culturale e politica vissuta dall'Europa occidentale nei secoli XV e XVI»⁸, prendendo spunto dall'errore di prospettiva in cui è caduta la scienza giuridica dei secoli XIX e XX quando essa, chiamata a ricostruire le innovazioni giuridiche ed istituzionali dell'età moderna come naturale sviluppo dell'età medievale e della crisi del sistema di diritto comune, ha “proiettato” – volendo riprendere un'espressione critica di Riccardo Orestano⁹ – le convinzioni e le concettualizzazioni del presente sul passato e, più segnatamente, ha letto le fonti di Antico Regime, nonché le spinte culturali e le ragioni fattuali della nuova stagione del diritto con una lente che ha riflettuto troppo spesso e troppo intensamente le ideologie maturate tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento. Il monito di Montesquieu, offerto al lettore nelle prime pagine del libro, costituisce dunque il *leitmotiv* del contributo ed accompagna tutto lo studio delle fonti medievali e moderne illustrate dall'Autore con un lavoro di semplificazione e chiarimento volto a mettere a nudo la storia del diritto

verità, Roma-Bari 2011, *passim*.

⁶ Di tale impostazione è autorevole interprete P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, *passim*. Tale teoria, ripresa da gran parte degli esponenti della cultura giuridica contemporanea sopra indicati, è stata oggetto di ulteriori successivi approfondimenti da parte dello stesso autore.

⁷ Sul punto si è espresso in modo esaustivo Ugo Petronio: U. Petronio, *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa 'completezza')*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII (1998), pp. 83-115; Id., *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I codici napoleonici, I, Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2000, pp. VII-L; Id., *La lotta per la codificazione*, cit., 103 ss.; Id., *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico: profili storico-giuridici*, a cura di C. Storti, Napoli 2010, pp. 183-292.

⁸ p. 53.

⁹ L'espressione si ritrova nel contributo di R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, *passim*, e costituisce il *leitmotiv* di tutta la sua produzione scientifica. Di particolare rilievo l'ultima lezione di Orestano tenuta nell'Aula III della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “La Sapienza”: Id., *Lasciando la cattedra*, in «Labeo», 26, 1980, pp. 7-23.

attraverso una quanto più neutrale lettura e ricostruzione dei fatti storico-giuridici: «Transporter dans des siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est source de l'erreure celle qui est la plus féconde. A ces gens qui veulent rendre modernes tous les siècles anciens, je dirai ce que les prêtres d'Egypte dirent à Solon: 'O Athéniens, vous n'êtes que des enfants!'»¹⁰.

Il filo rosso che lega l'analisi del succedersi delle fasi storiche – e allo stesso tempo ha consentito all'Autore di interpretarne in modo originale i contenuti – dall'eredità del Medioevo alla nuova età dell'Europa sei-settecentesca, dalla promulgazione dei codici ottocenteschi all'affermazione dei regimi totalitari, è il tema della libertà, ossia il modo in cui il singolo individuo vede tutelati i propri diritti all'interno dell'ordinamento giuridico in cui è storicamente collocato. Il tema della libertà, nella polisemia della sua natura, diviene pertanto lo strumento attraverso il quale vengono messi in luce gli aspetti giuridici dei vari assetti sociali, vengono misurate e comprese le ragioni del “nuovo” nel “vecchio” e ricostruite le ragioni del “vecchio” nel “nuovo”: ne sono esempio i diversi modelli di giustizia, e dunque di tutela dei diritti, che vedono trasformarsi la funzione legislativa da strumento in grado di imprimere un suggello di giustizia, di equità e di razionalità al diritto spontaneamente nato e tradizionalmente seguito dalla comunità, a strumento volto a porre in essere un diritto nuovo attraverso la formazione e il coordinamento di norme generali ed astratte uguali per tutti gli individui e per tutto il territorio della nazione, a strumento in grado di tutelare le situazioni giuridiche soggettive identificate e disciplinate dallo stato-legislatore.

Le ragioni del processo ottocentesco di stabilizzazione normativa vengono non a caso introdotte da Mario Caravale con la ricostruzione del pensiero di Benjamin Constant, autore della visione storica liberale della “*liberté des anciens*” e sostenitore della necessità del sistema rappresentativo nell'età moderna e dunque di una forma di partecipazione popolare alla legislazione statutale, così come indicato nel suo celebre discorso *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, pronunciato nel 1819 all'*Athénée Royal* di Parigi. Si tratta di un punto di vista che contribuisce a delineare l'idea dello Stato che si aveva in Francia all'indomani della promulgazione dei codici: in altri termini, si «accoglieva favorevolmente la conservazione dell'ordinamento unitario dello Stato sovrano che aveva abolito i privilegi e le libertà cetuali e locali», ma si temeva «il monopolio normativo», sicché il Constant «individuava nella partecipazione popolare alla legislazione lo strumento più idoneo ad impedire che quest'ultimo toccasse le libertà dei cittadini le quali ora trovavano fondamento non più nella tradizione, eliminata come fonte giuridica, ma nel diritto naturale, un diritto – cioè – non positivo»¹¹.

Ed è sulla base di questa impostazione metodologica che l'Autore, in linea con quanto già espresso nel suo manuale *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale* (Bologna 1994; II ed. *ibidem* 1995), tratteggia la distinzione della natura e dei poteri del sovrano medievale da quelli riconosciuti alla sovranità dello Stato con la Rivoluzione francese e, ancora diversamente, da quelli che «la dottrina del tardo secolo XIX identificherà nella forza impositiva di governo e di comando, di fonte esclusiva di diritti e doveri»¹².

Una impostazione che ha come obiettivo primario la rappresentazione dei fatti storico-giuridici, fatti cui appartiene anche la scienza giuridica e, talvolta, la scienza in generale. È il caso della corrente sistematica del *mos gallicus iura docendi* che, distinta da quel

¹⁰ C.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, l. XXX, cap. XIV, Paris 1964, p. 96.

¹¹ p. 221.

¹² p. 35.

filone della Scuola culta incentrato solo sulla pluralità concreta della prassi consuetudinaria, al fine di rappresentare la materia giuridica in maniera semplice, chiara e razionale, diede attuazione all'ideale ciceroniano dello «*ius in artem redigere*», ossia alla proposta, formulata nel *de Oratore* (1,42,187-189), di realizzare un'opera giuridica isagogica con il fine di organizzare il sapere attraverso la classificazione delle nozioni particolari di una disciplina in categorie. Tale affermazione metodologica dell'oratore romano costituisce un *principium* di sicura rilevanza nella rappresentazione del sistema giuridico romano e nella enucleazione in sistemi da esso derivati di specifici valori-verità che, attraverso le suddette operazioni di logica, vengono «dommaticamente configurati, fissati in termini, concetti, categorie, e, in questa loro specifica e compatta stabilizzazione in cui i profili politico-ideologici si delineano maggiormente, proiettati con una carica storicamente dinamica oltre le concrete realizzazioni di essi in norme che variano»¹³. Tale spinta dottrinale a rappresentare la materia giuridica in maniera semplice, chiara e razionale, diversamente da quanto era avvenuto con l'indirizzo tradizionale della dottrina medievale che aveva seguito la frammentarietà delle Pandette, avvenne allora su impulso dell'opera del matematico Pierre de la Ramée, che proponeva per ogni lavoro scientifico la disposizione delle materie secondo un ordine logico: al suo modello si ispirarono, non a caso, Connano, Duareno e Donello, tra gli interpreti più autentici di quella fase dell'umanesimo giuridico che – come ricorda Ennio Cortese – non fu certo «un trastullarsi di dotti guidati da interessi antiquari» ma un volgere «alla ricostruzione di istituti tecnici nella cornice di una nuova teoria generale del diritto»¹⁴. Una nuova teoria generale del diritto che ebbe eco nel momento della nascita di quella corrente dottrinale d'oltralpe sviluppatasi nella seconda metà del XVII secolo quando Jean Domat, con le sue *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, si propose di offrire, facendo risultare così ulteriormente enfatizzata la tendenza ad una costruzione ordinata e sistematica, «una lettura del diritto vigente nel regno francese sulla base di principi basilari desunti dal diritto naturale: a suo parere, tali principi si trovavano incarnati nelle norme di diritto romano, così che le categorie teoriche costituite dalla scienza giuridica sulla base di queste ultime offrivano alle regole del diritto consuetudinario l'inquadramento logico razionale indispensabile per la loro interpretazione ed al contempo una sicura stabilità»¹⁵.

La consapevolezza della scienza del diritto «come luogo della coscienza più acuta e riflessiva»¹⁶ che concorre a determinare i fatti reali della storia giuridica accompagna l'Autore nella descrizione della preparazione e dell'entrata in vigore del *Code Napoléon*, nonché delle resistenze della dottrina tedesca all'idea stessa di codice.

La redazione del codice del 1804, ossia la enucleazione delle norme di diritto in esso riposte, avviene attraverso un processo di innesto dei principi rivoluzionari di libertà e di uguaglianza sul tronco della tradizione giuridica francese ove il filone teorico sistematico espresso da Jean Domat e, nel secolo successivo, da Robert-Joseph Pothier, ebbe un ruolo significativo nel riordino, e dunque nel ripensamento, della struttura e dei contenuti delle regole giuridiche affastellate durante il medioevo, specie in relazione alla disciplina dei diritti reali e dei contratti.

La promulgazione del *Code civil*, avvenuta in forza della legge 30 ventoso anno XII, n. 3677 (21 marzo 1804), che con l'art. 7 ha sovvertito il tradizionale sistema delle fonti del

¹³ S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, p. 219.

¹⁴ E. Cortese, *Il Diritto nella Storia Medievale*, III rist., Roma 1999, II, p. 475.

¹⁵ p. 139.

¹⁶ N. Irti, *Premessa*, in M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari 2012, p. VII.

diritto, viene compresa dall'Autore in relazione all'impostazione della cultura giuridica francese che con Jean-Etienne-Marie Portalis, nella fase legislativa preparatoria, aveva espresso quale dovesse essere l'obiettivo primario della realizzazione di un corpo unico di norme uguali per tutto il territorio della Francia.

In tal senso, prevalentemente attraverso una lettura del *Discours préliminaire sur le projet de code civil* presentato dal giurista francese il 21 gennaio 1801 e dei suoi *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Mario Caravale si inserisce nel dibattito apertosi nella storiografia giuridica contemporanea sul significato di tale promulgazione¹⁷, mettendo in risalto come essa avesse costituito un nuovo fondamento giuridico della società, sia in quanto presentava la materia privatistica «sotto l'esclusiva forma degli istituti, quale unità organica di norme astratte», così che il singolo individuo non aveva più bisogno di una disciplina minuziosa che regolasse le tante situazioni giuridiche in cui poteva venirsi a trovare, sia in quanto testimoniava che «il compito di disciplinare i rapporti intersoggettivi, con un articolato complesso di norme razionali ispirate al principio della libertà e della volontà individuali»¹⁸ spettasse esclusivamente ad un unico legislatore. Ad esso e solo ad esso viene, infatti, attribuita la facoltà – per usare un'espressione cara a Paolo Grossi – di coniare regole giuridiche e di inserirle in un corpo unico di norme che rispondesse agli ideali maturati nel periodo rivoluzionario e riprendesse, modificandoli se necessario, i contenuti della tradizione giuridica di Antico Regime.

Per quanto concerne il ruolo della scienza giuridica tedesca nella resistenza all'idea stessa di codice, l'Autore descrive in modo particolare il ragionamento seguito da Friedrich Carl von Savigny nel nuovo clima culturale della Germania dell'Ottocento¹⁹: il fondatore della Scuola storica, nel suo *System des heutigen römischen Rechts*, pubblicato a Berlino tra il 1840 e il 1851, riteneva che l'ordine sistematico del diritto fosse riscontrabile nella giurisprudenza romana in quanto essa aveva reso possibile l'incontro tra ordine e tradizione, attraverso la capacità «di disegnare l'unità astratta dell'istituto ed al contempo di renderlo vitale plasmando al suo interno il diritto della tradizione e adeguandolo continuamente alle cangianti necessità sociali»²⁰. Un ragionamento che il Savigny non riconosceva al legislatore francese del 1804 che, rendendo fissa ed immutabile la disciplina degli istituti, aveva spezzato il collegamento di questa con la vita concreta, collegamento che solo la funzione creatrice della scienza giuridica poteva dunque garantire.

L'influenza dei codici napoleonici nell'Europa dell'Ottocento, descritta da Caravale con particolare riguardo alla restaurazione italiana, si è accompagnata a quella della Carta francese del 1830 che, sebbene scarsamente originale sotto il profilo dell'impianto istituzionale, contribuì a dare una svolta alla storia costituzionale europea²¹. Una svolta che si fonda sul «mito di una monarchia borghese»²² perché, secondo quanto messo in

¹⁷ Sulle varie posizioni assunte si veda U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. 103 ss.

¹⁸ p. 235.

¹⁹ Il tema è stato affrontato ampiamente da: G. Pugliese, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp. 29-72; G. Tarello, *Sulla scuola storica del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1987, pp. 103-122. Da ultimo si veda A. Trombetta, *Savigny e il sistema. Alla ricerca dell'ordine giuridico*, Bari 2008, *passim*.

²⁰ p. 285.

²¹ Sul punto si sono espressi in modo compiuto: J. Vanderlinden, *Aux origines du Titre II de la Constitution belge de 1831. Essai d'histoire constitutionnelle comparative*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles 1992, pp. 1193-1209; L. Lacchè, *La Costituzione belga del 1831*, in «Storia Amministrazione Costituzione», X (2001), pp. 71-112.

²² p. 275.

luce da Jacques-Nicolas-Augustin Thierry, uno storico del tempo, la Carta del 1830, nata per porre fine al connubio monarchia-aristocrazia, ricalcava un antico e consolidato accordo tra monarchia e alta borghesia francesi e aveva come obiettivo principale quello di eliminare gli ordinamenti particolari per dar vita ad un ordinamento uniforme e titolare della sovranità.

L'aspetto più peculiare della Carta – secondo la storiografia giuridica²³ – fu non tanto l'aver definito un governo di monarchia costituzionale ove il sovrano condivideva con il Parlamento il potere legislativo ed era titolare unico del potere esecutivo, quanto piuttosto l'affermarsi successivo alla sua entrata in vigore di una prassi costituzionale per cui la forma di governo monarchica si sarebbe trasformata in forma di governo in senso parlamentare. Tale prassi consuetudinaria si diffuse attraverso una nuova lettura della costituzione nel senso che «cominciò ad affermarsi l'idea che la prassi di governo, sensibile all'evoluzione complessiva della società, rendesse legittima un'applicazione del dettato costituzionale evolutiva rispetto al testo, senza bisogno di introdurre modifiche formali all'interno di quest'ultimo»²⁴.

Gli snodi problematici individuati da Caravale riguardano tanto la natura della forma di governo emersa da questa interpretazione estensiva della Carta e costitutiva di una realtà normativa consuetudinaria, quanto, più in generale, la questione del rapporto tra testo costituzionale e sua applicazione, ossia il tema delle convenzioni costituzionali. Sul primo punto l'Autore sottolinea come tale forma di governo sia ben lontana dall'attuazione del principio rivoluzionario del potere costituente del popolo in quanto essa non è espressione della *voluntas populi*, in senso romanistico, ma è il risultato del consolidamento di una interpretazione giuridica. Tale prassi costituzionale, inoltre, entrava formalmente in contrasto con uno dei principi cardini dell'ordinamento giuridico francese post-rivoluzionario che aveva abolito la consuetudine come fonte del diritto a favore della unicità della legge.

Per quanto concerne l'applicazione del testo costituzionale nella viva realtà sociale – tema oggetto di accese discussioni nella dottrina giuridica del XX e XXI secolo²⁵ – Mario Caravale si addentra nell'analisi della dottrina francese di fine Ottocento solo dopo aver ricostruito il pensiero giuridico inglese sul tema della natura della prassi costituzionale che nella storia della Gran Bretagna ebbe sicura rilevanza. Dallo studio del *The province of jurisprudence determined* di John Austin, del 1832, e delle *Considerations on representative government* di John Stuart Mill, del 1861, nonché di un contributo scientifico di Edward Augustus Freeman dal titolo *Growth of English constitution*, del 1872, l'Autore avverte della consapevole percezione che, pur nella diversità di posizioni e sfumature dei contenuti, la cultura giuridica inglese avesse dell'esistenza di una particolare fonte normativa costituita da regole nate dalla condotta concreta di soggetti di diritto convinti della loro corrispondenza al giusto: si tratta di norme non giuridiche ma che, rispondendo a criteri di moralità pubblica, vincolano la condotta del soggetto di diritto. Tale consapevole

²³ Si vedano ad esempio: L. Lacchè, *La libertà che guida il popolo. Le tre gloriose giornate del luglio 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna 2002, *passim*; Id. *Governo rappresentativo e principio parlamentare: le Charter francesi del 1814 e 1830*, in «Giornale di storia costituzionale», VIII, 2 (2004), pp. 99-120; U. Mussig, *La concentration du pouvoir et la diffusion des modèles constitutionnels français en Europe après 1800*, in «Revue historique du droit français et étranger», 2010, pp. 295-310.

²⁴ p. 276.

²⁵ Per un approdo consolidato si vedano: G. Treves, *Convenzioni costituzionali*, in Enciclopedia del diritto, X, Milano 1962, pp. 524-528; G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, *passim*; G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010, *passim*.

percezione ebbe riscontro nel pensiero di Albert V. Dicey che, nella sua *Introduction to the study of the law of the constitution*, parlò per la prima volta di *constitutional conventions* definendole come consuetudini che costituiscono un codice di etica costituzionale.

In Francia l'elaborazione dottrinale della prassi costituzionale ebbe inizio alla fine dell'Ottocento quando Raymond Carré de Malberg, confrontandosi con un sistema fondamentalmente diverso rispetto a quello inglese perché nella sua terra vigeva una costituzione scritta, ritenne che la vera norma costituzionale fosse quella resa effettiva dai comportamenti degli organi dello Stato e non quella, talvolta indeterminata, contenuta nella costituzione: si trattava – scrive Caravale – di «una Grundnorm del diritto pubblico francese, una norma fondamentale superiore alle stesse leggi costituzionali, che aveva trovato espressione già nella costituzione del 1791 e per la quale il Parlamento era il rappresentante della Nazione sovrana e di conseguenza era l'effettivo sovrano»²⁶. Dunque, una posizione questa essenzialmente diversa rispetto a quella assunta dalla dottrina inglese che in anni recenti, per converso, è stata richiamata da Pierre Avril il quale ha ripreso, approfondendone la natura e i presupposti, la categoria delle convenzioni costituzionali²⁷.

Dopo aver esaminato la formazione dei codici unitari italiani e le caratteristiche dello Stato nazionale voluto e concepito come stato di diritto, stato laico che non soltanto pone leggi ma è nella sua struttura ed essenza organismo giuridico (lo stato è di diritto perché produce diritto e rimane vincolato al suo stesso diritto)²⁸, Mario Caravale, non limitando lo sguardo alla parentesi legislativa italiana e alle sue più immediate ragioni, scrive una bella pagina sulla scienza giuridica tra le due guerre mondiali. Di particolare impegno scientifico e di attuale interesse, anche sotto un profilo pubblicistico, è l'individuazione del punto di incontro nello sviluppo della teoria della dottrina pura del diritto di stampo kelseniano tra il positivismo giuridico e il sistema dogmatico di tradizione pandettistica. Si tratta di un punto di incontro cruciale nello sviluppo del pensiero giuridico del Novecento in quanto suscitò le reazioni del costituzionalista e storico delle dottrine politiche Carl Schmitt, il quale tentò di eliminare la dicotomia Stato-società, dicotomia teorizzata proprio da quel formalismo giuridico cui si deve attribuire la separazione del diritto dalla concreta realtà sociale. Si pensi ai fondamentali studi²⁹ su Costantino Mortati cui si deve il superamento del formalismo dogmatico dello Stato-persona in forza della tesi della validità dell'ordinamento giuridico sulla base delle forze politiche dominanti la sottostante realtà sociale.

²⁶ p. 378.

²⁷ P. Avril, *Le conventions de la constitution*, Paris 1997, *passim*.

²⁸ In tal senso si sono espressi i relatori del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura su *La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, tenuto a Torino il 6 marzo 2012.

²⁹ Uno studio dei saggi di Mortati su *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* del 1931, su *Note sul potere discrezionale* del 1936 e su *La costituzione in senso materiale* del 1940, lo si trova in: *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli 1989, *passim*; *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano 1990, *passim*; M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano 2006, *passim*; *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, Milano 2007, *passim*.