

Giulia Maria Labriola

Per una storia della cultura giuridica. Riflessioni su un canone complesso, tra Francia e Italia*

SOMMARIO: 1. Quale disciplina: alcune questioni preliminari – 2. Quale metodo e quali prospettive - 3. Una postilla

ABSTRACT: The main thread of this paper is based on the observation that legal history is not just a discipline but also, and perhaps above all, a method. This implies a precise concept of legal historiography, understood as a history of legal culture, according to Giovanni Tarello. The methodological aspect here emphasized lies in the double comparative nature of historical studies of law, in a synchronic and diachronic way. In the union of these two profiles, is to be found the wealth of legal historiography: as a laboratory for legal concepts (for their reconstruction through knowledge of legal practice, for their improvement from a theoretical point of view, and for verifying their ability to stand the test of time) and as an excellent framework of contemporary European legal science.

KEY WORDS: Legal history; history of juridical culture, synchronic and diachronic comparison; Giovanni Tarello; European legal science.

RÉSUMÉ: Cet article propose une interprétation de la notion d'histoire du droit qui dépasse la dimension de la simple discipline (d'ailleurs en transformation, en France comme en Italie) et rejoint le statut d'une méthode, valable pour les études juridiques contemporaines, notamment par rapport à la construction d'une science juridique européenne. Encadré dans le canon de l'histoire de la culture juridique (établi, entre les autres, par Giovanni Tarello), cette méthode offre aux juristes (non seulement historiens ou philosophes du droit) l'outil précieux d'une double comparaison, synchronique et diachronique.

MOTS CLÉS: Histoire du droit; histoire de la culture juridique; comparaison synchronique et diachronique; Giovanni Tarello; science juridique européenne.

1. Quale disciplina: alcune questioni preliminari

Una riflessione sulle prospettive future della storia del diritto implica la posizione di una questione preliminare, almeno in semplice funzione rappresentativa della complessità.

Il primo interrogativo che si pone, nella sua radicalità, verte sulla definizione stessa dello statuto teorico della disciplina: cosa si intende, oggi, per storia del diritto? Nel dibattito contemporaneo, la definizione dell'ambito disciplinare che denominiamo storia del diritto è tradizionalmente non pacifica e soggetta a profonda trasformazione; com'è noto, del resto, simili interrogativi sono risalenti nel tempo e affondano le loro radici almeno nella prima metà del secolo scorso¹.

* Il saggio riprende e amplia i contenuti della relazione da me tenuta al Convegno *L'histoire du droit, entre science et politique*, che si è tenuto presso l'Università di Bordeaux il 15 e 16 ottobre 2015. Ringrazio Nader Hakim, Direttore del CAHD (*Centre Aquitain d'histoire du droit*), e gli organizzatori del Convegno per l'invito rivoltomi. Il mio ringraziamento va anche a Paolo Alvazzi del Frate, per i preziosi commenti a questo mio contributo: resto, come d'uso, la sola responsabile per quanto in esso è argomentato.

¹ In un recente scritto, Diego Quaglioni ha giustamente sostenuto che sperare anche solo di "visitare"

Si tratta di una questione non pacifica, perché la storia del diritto (in Francia come in Italia) ha dovuto difendere la propria autonomia lungo due direttrici fondamentali, dalle quali peraltro essa non può dirsi radicalmente separata (a pena di incorrere in un ripiegamento, che rischia di tradursi in isolamento)². Per un verso, nei confronti degli storici professionali (non giuristi)³, i quali tradizionalmente ascrivevano a sé l'esclusiva competenza ad esercitare studi storici con metodo scientifico in senso stretto: un metodo applicabile all'oggetto diritto, come agli altri. Per altro verso, gli storici del diritto hanno dovuto spesso sostenere le ragioni di sussistenza della propria materia anche all'interno della stessa scienza giuridica, rispetto alla quale non di rado si configura un problema di "identità disciplinari"⁴. Ciò è vero, in modo particolare, nei confronti dei giuristi, specialisti dei diversi ambiti del diritto positivo, sostanziale e processuale, che rivendicavano (e talvolta ancora rivendicano) in via esclusiva il diritto di fare la storia delle rispettive discipline⁵. Secondo questa impostazione, la storia del

una minima parte della seconda metà del Novecento, nell'ambito degli studi storici del diritto, sarebbe un'impresa temeraria; D. Quaglioni, *Storia e storici del diritto in Italia (dalla caduta del fascismo ai primi anni Settanta)*, in "Le carte e la storia. Rivista di storia delle istituzioni", XXII (1/2016), pp. 7-15 (la citazione è a p. 7). Nel suo contributo, Quaglioni individua e isola alcuni passaggi fondamentali, nell'ambito delle trasformazioni della storia del diritto in Italia nei decenni compresi fra la caduta del fascismo e i primi anni Settanta. In prima istanza, la profonda e duratura influenza esercitata dalla lezione di Francesco Calasso, capace di incardinare l'appello al recupero del "senso del diritto" in una rinnovata storicità del diritto, ordinamentale e sociale, più che statuale (p. 8). La grande capacità di rinnovamento della disciplina si manifesta inoltre, come osserva Quaglioni, in atti molto concreti eppure altamente simbolici, quali la direzione collegiale della Rivista italiana di storia del diritto (a partire dal 1957), rappresentativa della "fisionomia plurale della disciplina" (p. 10), e il nuovo statuto approvato al primo Convegno Internazionale della Società italiana di storia del diritto (Perugia, 1962). Del tutto condivisibili le conclusioni del saggio, quando si osserva (consolidando l'annotazione con il riferimento alle parole di Carlos Petit) che l'ascesa dei modernisti e la significativa apertura alla comparazione, vettori che ci avvicinano alla fisionomia più recente della disciplina, non hanno inficiato la grandezza del lascito di Calasso: perché si tratta di una lezione di *metodo* e di *senso* propri della storiografia giuridica (p. 13). Quest'ultimo, fondamentale richiamo proietta la lucida e profonda analisi di Quaglioni al centro di una pur minima riflessione su questi temi.

² J.-L. Halpérin, *L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?*, in "Revue d'histoire des sciences humaines", 2001, n. 4, pp. 9-32.

³ "La storia del diritto è materia da giurista": con queste parole, difficilmente equivocabili, Emilio Betti interveniva al primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (molto significativamente dedicato al tema *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*). Per le raffinate argomentazioni che sostengono questa presa di posizione (su tutte, il legame fra storia e concetti giuridici per il tramite della dogmatica, "strumentario di concetti che deve variare in funzione della relatività storica"), si veda E. Betti, *Storia e dogmatica del diritto*, in *Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, pp. 105-115. Sul tema, si veda - fra i contributi recenti - M. Caravale, *Il contributo della storia del diritto alla storia generale*, in E. Conte-M. Miglio (curr.), *Il diritto per la storia. Gli studi storico-giuridici nella ricerca medievistica*, Roma 2010, pp. 113-131.

⁴ Alludo al significativo titolo del Convegno organizzato a Roma dalla Società Italiana di Storia del Diritto, il 16 ottobre 2015 (in simultanea, simbolicamente, con quello bordolese da cui traggono origine le presenti riflessioni): *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni*, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

⁵ Su questo, vorrei cedere la parola a Paolo Grossi; nonostante la citazione sia lunga, ritengo sia meritevole di essere riportata: "... La storia del diritto ha un privilegio singolare, ed è di cogliere il giuridico non frastagliatamente – come fanno il civilista, il processualista, il penalista e tutti gli

diritto civile, del diritto amministrativo, del diritto penale *et cetera*, costituirebbe una premessa ineludibile allo studio dei singoli settori del diritto e ad essi sarebbe così strettamente connessa da non poter essere delegata a studiosi che non siano specialisti *ratione materiae*.

Si tratta poi di una disciplina oggi in profonda trasformazione, per molti motivi: in modo particolare, per il secolare legame con la dimensione statale del diritto, che fa sorgere il dubbio legittimo sul rischio che questa materia segua il destino di una parte significativa del suo oggetto: il declino. La storia del diritto ha svolto a partire dall'età moderna forse più che in altri contesti una funzione essenziale, sul piano scientifico solidale non solo all'idea di Stato, ma anche – più di recente e per profili diversi – all'idea di nazione. La “dimensione progettuale”⁶ del diritto si esprime naturalmente in questo ambito grazie all'insostituibile apporto dei giuristi, che hanno contribuito a realizzare l'unità nazionale lì dove esisteva frammentazione (politica, istituzionale, giuridica)⁷. Ciò vale per il caso italiano, nella stagione preunitaria e unitaria⁸, ma anche per quello francese⁹. Se non vi sono dubbi sulle virtù costruttive *pro futuro*, nel segno di una riforma auspicata e profondamente innovatrice, si deve però osservare come tale virtù sia stata anche ricostruttiva, *ex post*. Gli storici del diritto hanno offerto un contributo fondamentale alla definizione della narrazione della statualità del diritto e (cosa diversa, solo parzialmente sovrapponibile) al suo nazionalismo, restituendo un'impronta sistematica ai processi che hanno caratterizzato lo sviluppo dei materiali giuridici negli ultimi due secoli, nella cornice dello Stato-nazione. Come si diceva, questo ruolo ha finito per produrre, oggi, una sorta di attrazione della storia del diritto

specialisti di settore –, ma come espressione della unità complessiva d'una civiltà. In altre parole, la storia del diritto arriva ad essere una dimensione culturale salvante, salvante perché l'unica capace di restituire al giurista il senso della unità espressiva del diritto, del suo essere specchio di civiltà”. P. Grossi, *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XXV (1996), pp. 771-799; la citazione è a p. 784 (originariamente pubblicato in B. Clavero, *Tomás y Valiente, una biografía intelectual*, Milano 1996). A ideale completamento di questo appassionato ritratto di una disciplina, osservo che il carattere dell'unitarietà della visione sul giuridico è condiviso con la filosofia del diritto.

⁶ Così P. Costa, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello stato nazionale*, in G. Cazzetta (cur.), *Retiche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Bologna 2013, pp. 163-200; la citazione è tratta da p. 173. In questo passaggio, il carattere progettuale del discorso giuridico è riferito al ruolo dei giuristi come attori primi della transizione da un “ordinamento esistente e presente” a “un ordinamento possibile e futuro” (p. 173).

⁷ “Un viaggiatore che avesse percorso l'Italia nei primi decenni dell'Ottocento avrebbe cambiato legislazione ad ogni cambio dei cavalli di posta”; così E. Thierry, *Étude sur le Code civil italien comparé au Code Napoléon*, Nice 1866, p. 5 (l'espressione, vale segnalare, è quasi un calco dell'*incipit* della voce *Coutumes* del *Dictionnaire philosophique* di Voltaire).

⁸ In questo senso Paolo Grossi, quando afferma che il diritto “ha sostenuto con la sua forza ordinante i centocinquanta anni della nostra forza unitaria, è riuscito – in momenti di svolta – a puntellarla nel profondo e ne è stato, perciò, il suo principale salvataggio” e i giuristi sono stati “pienamente coinvolti nel cantiere affaccendato dei fatti storici e proponendosi come autentici facitori di storia”. P. Grossi, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli 2012, pp. 14-15 (riproduce il testo della conferenza, che recava lo stesso titolo, tenuta il 14 aprile 2011 presso l'Accademia dei Lincei). Su questo aspetto, con particolare riferimento al ruolo di armonizzazione propedeutica all'unificazione, svolto dal diritto codificato, si veda C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia. 1865/1942*, Roma-Bari 1985, p. 21.

⁹ J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris 1999, p. 11.

nell'orbita della profonda crisi che il modello di Stato attraversa ormai da oltre un secolo¹⁰; attrazione non del tutto giustificata, occorre subito specificare.

Quando il naturale (perché storicamente effettivo e scientificamente verificato) apparentamento fra la disciplina e un suo oggetto prediletto in una determinata epoca storica (lo Stato) si traduce nella convinzione che il tramonto dell'uno implichi un'insuperabile crisi dell'altra, si sostiene una tesi diversa e non condivisibile. Si tratta di un atteggiamento, sembra di poter dire, che tradisce in realtà un profondo e duplice equivoco. Per un verso, relativo alla capacità della dimensione statale di assorbire tutto l'ambito del diritto: una posizione talvolta ancora esplicitamente espressa da alcuni giuristi, pervicacemente affezionati al modello e in generale all'idea di una scienza giuridica, storica e non, che proceda per modelli; più in generale, il dogma della statualità del diritto è, per una certa generazione di giuristi, una sorta di precomprensione, spesso irriflessa. Per altro verso, l'equivoco verte sull'incapacità della storia del diritto di offrire contributi che esulino dalla dimensione delle storie nazionali: un fronte della critica che non solo non considera debitamente l'apporto scientifico dell'amplissima parte della storiografia giuridica che dello Stato non si occupa¹¹, ma che non coglie del tutto la complessità della sfida che un diritto sempre più sovrastatale pone allo storico del diritto contemporaneo, chiamato –come gli altri studiosi del diritto- a constatare l'incongruità di alcuni formanti del diritto e –soprattutto- a contribuire nel predisporre di nuovi.

D'altro canto, per queste stesse ragioni la storia del diritto è oggetto di un profondo ripensamento, alla luce delle significative trasformazioni che la globalizzazione (*mondialisation*, in ambito francofono) produce nel mondo del diritto. La globalizzazione appare oggi una categoria notevolmente indebolita, rispetto ai fasti degli ultimi vent'anni, ma sempre capace di sollecitare i giuristi, soprattutto quando li obbliga a ripensare il tema dello Stato, nella direzione dell'affievolimento dell'elemento teorico del confine (in senso materiale e in senso figurato)¹².

¹⁰ Sul tema della crisi dello Stato, nella riflessione della scienza giuridica italiana dell'inizio del secolo scorso, si può vedere, per una sintesi: A. Sandulli, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'ecclissi dello Stato* (sei scritti di inizio secolo XX), in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1/2006, pp. 77-97. A integrazione di questa rassegna, si veda G. Capograssi, *Saggio sullo Stato* (1918), ora M. d'Addio, E. Vidal, F. Mercadante (curr.), G. Capograssi, *Opere*, Milano 1959; vol. I, pp. 3-147. Tornano sulle tesi romane, fra gli altri, P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1/2011, pp. 1-22; A. Romano, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2/2011, pp. 333-358; S. Cassese, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli 2013, pp. 33-44 e relative note.

¹¹ Per alcune indicazioni di carattere evolutivo sulla storiografia giuridica italiana recente, mi limito a pochi sintetici riferimenti, di inquadramento: A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983; C. Ghisalberti, *Storiografia giuridica*, in L. De Rosa (cur.), *La storiografia italiana degli ultimi vent'anni*, II, Roma-Bari 1989, pp. 447-490; P. Alvazzi del Frate, *L'historiographie juridique en Italie*, in "Clio@Themis", I (2009), [<http://www.cliothemis.com/L-historiographie-juridique-en>]; B. Sordi (cur.), *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Milano 2013 (in particolare C. Storti, *La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi. Stato dell'arte e prospettive*; M. Stolleis, *Il quadro europeo*; A. Cernigliaro, *La sfida di un perdurante dialogo tra giuristi alla ricerca di una identità*; J.-L. Halpérin, *Quale scientia juris per la storia del diritto?*; I. Birocchi, *Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto*).

¹² Per una ricostruzione introduttiva, il rinvio è a M. R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012. Per il rapporto con lo Stato, fra gli altri si può vedere S. Cassese, *Chi governa il mondo?*,

Come si comprende, i profili dell'autonomia e della trasformazione della storia del diritto non possono che essere così brevemente evocati, proprio in ragione della loro complessità, con uno sguardo che proviene dall'esterno della disciplina, ma che legge questi problemi come ineludibili, per ogni studioso del diritto (come sempre accade quando si accostano, seppure incidentalmente, le questioni di metodo). Queste prime annotazioni, tuttavia, ci consentono di inquadrare il tema della storia del diritto in un tempo preciso (la modernità) e in una dimensione chiaramente problematizzante (il rapporto con la crisi dello Stato). Rispetto a registri così ampi, può essere utile, quindi, rendere conto di questi specifici aspetti e proporre di circoscrivere l'ambito del nostro vastissimo tema alla *storia del pensiero giuridico moderno*, che della storia del diritto è stata talvolta considerata una semplice parte o un elemento affine, ma anche in certi orientamenti sostanzialmente eterogeneo. Non si può del resto negare che anche la storia del pensiero giuridico moderno sia una categoria variamente formulata e spesso contestata, in Francia¹³ come in Italia¹⁴, tanto da suggerire alcuni chiarimenti.

Per motivi di brevità e per stipulare una nozione sulla quale sia possibile ragionare senza troppi equivoci, è opportuno provvedere a un'ulteriore riduzione del campo di indagine, collocando le riflessioni che seguiranno nell'alveo della *histoire de la pensée juridique contemporaine*, di cui Nader Hakim e Fatiha Cherfouh hanno cercato di stabilire

Bologna 2013, pp. 131-132 (questo volume è la traduzione, leggermente modificata, di ID., *The global polity. Global dimension of democracy and the rule of law*, Sevilla 2013) e G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna 2012.

¹³ Nella cultura giuridica francese, la storia del pensiero giuridico evoca intuitivamente la lezione di Michel Villey (e di Marie-France Renoux-Zagamé, che fra gli allievi ha forse più degli altri sviluppato questo tratto degli studi del maestro) sul tema. Condivido l'opinione di chi sostiene che chiunque si accosti alla storia del pensiero giuridico e della filosofia del diritto *contrae*, immediatamente, un debito nei confronti di Michel Villey. "Le grand récit" con il quale egli ricostruisce il canone della storia del pensiero giuridico moderno, tuttavia, non è efficiente da nessun punto di vista, per descrivere il mio approccio. L'espressione è tratta da O. Jouanjan, *Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique*, in "Droit et société", 1/2009, n.71, pp. 27-45. Per alcuni riferimenti essenziali: M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1968 ; ID., *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris 1976. Per una ricognizione di alcuni studi che mettono a fuoco il contributo di Villey alla definizione della storia del pensiero giuridico (e non solo), si può vedere, nello stesso fascicolo di "Droit et société", A.-J. Arnaud, *Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich A. Hayek*, pp. 9-25; specialmente p.9, nota 3, con le relative indicazioni bibliografiche.

¹⁴ In anni molto vicini a quelli in cui Villey definiva il canone, gli storici del diritto italiani riflettevano sulle preclusioni di carattere teorico che avevano impedito alla disciplina di votarsi alla storia del diritto *moderno*, il che costituiva una ineludibile premessa interna al (diverso ma con tutta evidenza connesso) problema del rapporto fra storia del diritto moderno e storia del pensiero giuridico moderno. In questo senso si esprimeva Bruno Paradisi, quando osservava che la storiografia giuridica italiana era sostanzialmente ancorata allo studio del diritto medievale come *dies ad quem*, e che ad essa continuava a mancare (a metà degli anni sessanta del Novecento) un autentico interesse nei confronti della storia del diritto *moderno*, a causa di uno storicismo "imperfetto" e della "mancanza di una visione organica e totale" dei compiti e degli ambiti della disciplina. Rimane sullo sfondo di queste considerazioni il complesso problema dell'influenza del "codice Calasso" sugli studi storici del diritto in Italia, che qui non può essere affrontato. B. Paradisi, *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, in *Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, pp. VII-XLVII. Le due citazioni sono tratte, rispettivamente, da p. XX e p. XXIV. Per un riferimento più ampio al contributo di Paradisi alle questioni evocate nel saggio citato, si veda B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973.

alcuni caratteri in un saggio recente¹⁵. Il pregio maggiore di questo contributo consiste nell'evidenziare, fin dal sottotitolo, l'eterogeneità di questa nozione, che comprende al suo interno molteplici sfaccettature: *histoire de la doctrine juridique, histoire des méthodes juridiques, histoire des courants des idées, histoire de la littérature et du discours juridique*.

Dal momento che questa accezione di storia del pensiero giuridico contemporaneo è ancora molto ampia, per specificarla ulteriormente si può utilmente ricorrere alla lezione di Giovanni Tarello, oggi più che mai da ripensare, che pone al centro della riflessione del giurista (in questo caso, filosofo del diritto) il paradigma della *storia della cultura giuridica moderna*. L'opzione appare evidente nella denominazione della rivista da lui fondata nel 1971, i "Materiali per una storia della cultura giuridica". Come è stato autorevolmente sintetizzato, i "Materiali" rappresentano un "caso davvero unico nella letteratura scientifica comparata": "costituiscono dunque un'importante biblioteca, che di fatto è storico-giuridica, anche se non ha – e si potrebbe aggiungere 'per fortuna' – i limiti propri di questa disciplina"¹⁶.

I "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", che inaugurano com'è più che noto l'anno successivo, si attestano evidentemente sul versante del *pensiero*. Storia del pensiero e storia della cultura, riferiti al diritto, non sono due sinonimi e certamente non così furono intesi da chi li ha adottati¹⁷. È molto significativo riflettere sulle motivazioni che presiedono a queste due versioni: secondo Paolo Grossi, al quale si deve ascrivere la scelta non meramente onomastica del nome della rivista, l'opzione è stata a suo tempo esercitata in favore della dimensione del *pensiero*, per il fatto che essa è "maggiormente unitiva fra passato e presente" e avrebbe quindi facilitato la collaborazione fra storici e studiosi di diritto positivo. La decisa propensione per il lemma *pensiero giuridico* esprime anche il tentativo di allontanamento dal "meno impegnativo termine 'cultura'", "perché il 1971 era un anno ancora immerso nei luoghi comuni di ascendenza marxista, che portavano a identificare indebitamente nel pensiero una astrazione galleggiante sulla storia"¹⁸.

La scelta di Giovanni Tarello per la "cultura" è chiaramente ribadita (con l'importante aggiunta del predicato moderno) nel 1976, anno di pubblicazione della *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il volume che raccoglie molti temi di ricerca di Tarello ed esplicita le istanze di carattere metodologico che vi presiedevano.

In quel lavoro, Tarello indica alcune direttrici fondamentali della sua idea di "storia della cultura giuridica", che a distanza di quarant'anni non hanno perso la loro forza programmatica, il rigore metodologico e soprattutto la capacità di fare appello – non sempre ascoltato dai giuristi, filosofi del diritto e non solo - alla grande ricchezza del mondo del diritto, l'aspetto che forse più di altri ne determina il fascino inestinguibile.

¹⁵ N. Hakim-F. Cherfouh, *L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion*, in Jacques Krynen et Bernard d'Alteroché (curr.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*. Paris 2014, pp. 117-143.

¹⁶ C. Petit, *Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere e Arti, ottava appendice; Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, pp. 741-748. La citazione è tratta da p. 746.

¹⁷ Per alcuni elementi di contesto, relativi a queste riflessioni, mi permetto di rinviare a G. M. Labriola, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza*, Napoli 2012, spec. pp. 20 e ss.

¹⁸ P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna 2008, p. 72.

In questa visione, la storia della cultura giuridica disegna un ambito di ricerca che rifiuta la partizione accademica, ma conosce lessico e concetti di ogni declinazione disciplinare dello studio storico del diritto (storia del diritto civile, storia della filosofia del diritto, storia del diritto penale, *et cetera*); che si nutre anche di storiografia non giuridica; che rifiuta l'italo-centrismo in favore dell'eurocentrismo, "perché il diritto moderno (e la cultura che ne è elemento integrante) è essenzialmente europeo"¹⁹; che coltiva la funzione "liberatoria" e "dissacrante" della storiografia giuridica in questo senso intesa, tale perché capace di rivelare che molti nessi strutturali fra istituzioni, pratiche, culture e teorie giuridiche non sono più operanti²⁰.

Non deve poi sembrare pallida, né timida, la definizione di "materiali" per i contributi destinati alla rivista. Il riferimento a un lavoro di cantiere, che raccoglie ed elabora materiali, anche provvisori (com'è tipico di ogni ricerca scientifica, che o è *in progress* o non è), si comprende meglio ove si ricordi che qui si allude a una rivista che intende porsi come luogo di scambio e dialogo fra specialisti delle diverse discipline del diritto, che si incontrano dopo aver stipulato elementi di metodo e partecipano alla discussione recando in dote proprio la loro speciale competenza. Per il filosofo del diritto, quale Tarello è stato ai livelli che tutti riconoscono, i materiali rappresentano l'esito di un dialogo fra le discipline, di una frequentazione con la storia, del rifiuto della divaricazione fra didattica e ricerca. Rappresentano, soprattutto, il richiamo salutare (per la filosofia del diritto alla quale Tarello si rivolgeva) alla conoscenza del diritto positivo e delle sue pratiche: nella consapevolezza del fatto, che vale sempre ribadire, che "la filosofia dei giuristi non consiste in ciò che i giuristi dicono bensì in ciò che i giuristi fanno"²¹.

Si comprenderà da queste brevi annotazioni come la fisionomia dell'impresa scientifica incarnata da Tarello, in questo contesto solo appena evocata, sia caratterizzata da una storia della cultura giuridica radicalmente critica e non continuista. Un tratto che la avvicina a quanto osservano, molto di recente, anche Frédéric Audren e Jean-Louis Halpérin²². Dovrebbe essere destinata ad altro studio una riflessione su quanto, della lezione di Giovanni Tarello, sia stato effettivamente metabolizzato da parte della cultura dei giuristi italiani degli ultimi decenni; né si può assimilare senza ulteriori analisi la categoria costruita da Tarello a quella oggi riproposta da Audren e Halpérin, sulla base della semplice assonanza. Gli elementi introdotti fin qui, tuttavia, possono contribuire a delineare un contesto, entro il quale il riferimento alla "cultura giuridica" è considerato essenziale.

Sulla fortuna di questa categoria, del resto, è stato di recente rilevato che "la culture juridique est un parent pauvre de l'historiographie contemporaine"²³. Un parente povero che occorre recuperare, perché ha molto da dire al giurista contemporaneo.

¹⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna 1976, *Prefazione*, p. 10.

²⁰ Ivi, *Prefazione*, p. 8.

²¹ G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano 1967, pp. 12-13.

²² F. Audren-J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*, Paris 2013.

²³ N. Hakim, recensione a F. Audren-J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*, Paris 2013, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XLIII (2014), pp. 785-797; la citazione è a p. 786.

2. Quale metodo e quali prospettive

Una storia della cultura giuridica è particolarmente utile all'opera di ricostruzione del frammentario e stratificato discorso giuridico contemporaneo, per una ragione di carattere metodologico: la natura schiettamente comparatistica che questa categoria reca con sé. Ciò è vero in due sensi: per praticare una storia della cultura giuridica è necessario esercitare una comparazione diacronica, più immediatamente e intuitivamente associata agli studi storici sul diritto, e una comparazione sincronica, entrambe sviluppate nel pionieristico volume di Tarello. Le due direttrici sono del resto profondamente connesse, com'è oggi acquisito anche da parte degli studiosi di diritto positivo più attenti alla complessità. Per rispondere agli interrogativi che il diritto positivo contemporaneo pone incessantemente ai suoi interpreti, la via indicata è quella che interseca storia e comparazione: "la storia consente di individuare i periodi formativi principali. La comparazione permette di fissare i tipi ideali"²⁴.

Occorre però aggiungere qualche elemento a queste sintetiche osservazioni sul metodo. Dal primo punto di vista, la diacronia non va intesa come ricostruzione, più o meno risalente, delle ascendenze del tempo presente. Come è stato già ricordato, Tarello stesso avvertiva sul fatto che con questo procedimento si registrano discontinuità, più spesso di quanto non si riscontrino continuità. Si traccia così, nel movimento della storia della cultura giuridica, un sistema dinamico, frastagliato, complesso e soprattutto capace di esibire periodizzazioni chiaramente percepibili, nelle loro tipicità, e dunque profondamente differenziate. La diacronia va quindi piuttosto intesa come genealogia di istituti, prassi, orientamenti giurisprudenziali, teorie giuridiche: frammenti di un discorso giuridico rispetto ai quali non si può rilevare un fluire ininterrotto, quanto piuttosto correnti alterne. Questa prima annotazione evidenzia come la profondità storica entro cui si dispiega una simile genealogia abbia dei limiti per così dire strutturali, ogni qual volta lo studio storico del diritto assuma in sé la dimensione del tempo presente. La storia della cultura giuridica non sarà mai storia antiquaria, per motivi di tenuta della semantica giuridica che essa stessa illumina attraverso l'analisi dei materiali giuridici e, *con la medesima operazione spirituale*, costruisce in scienza del diritto, per l'ottima ragione che "la storiografia dei giuristi, più che attività storiografica in senso generico, è anch'essa attività di scienza del diritto", destinata a reinserirsi "nel processo vitale dell'esperienza giuridica"²⁵. Insomma, nella ricostruzione delle premesse non si può risalire oltre una certa soglia, ma solo "fin dove ci è dato reperire un nesso ininterrotto con la nostra presenza fattuale"²⁶. L'individuazione del limite, oltre il quale lo studio storico (di un istituto, di un complesso normativo, di un orientamento giurisprudenziale, di un aspetto o un settore della scienza giuridica) perde la sua preziosa capacità di illustrare e contestualizzare la

²⁴ S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2009, p. 5. Sarebbe opportuno formulare alcuni rilievi, rispetto alla tipizzazione di modelli ideali, ma in questa sede per ragioni di spazio mi limito a segnalare la potenziale criticità dell'indicazione.

²⁵ R. Orestano, *Sociologia e studio storico del diritto*, in "Jus", VIII (2/1957), pp. 199-222; le citazioni sono, rispettivamente, a p. 220 e p. 222.

²⁶ P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", I (1972), p. 4.

contemporaneità, è rimessa alla sensibilità dell'interprete e fa parte della sua competenza, perché come detto rinvia alla radicalità di un fenomeno, che non può essere fatto retroagire oltre il tempo cui appartiene. La storicità del diritto consiste anche nel suo radicamento in un preciso contesto di istanze politiche, sociali, economiche, ideologiche. Il diritto inteso come prodotto artificiale, di una volontà deputata a selezionare e mediare tali istanze, ha dunque una capacità di persistenza (cioè di offrire una risposta normativa ai bisogni variamente intesi di un gruppo sociale) misurabile proprio con la tenuta dell'assetto del gruppo sociale. Al suo mutare, esso stesso è destinato a mutare: un movimento incessante nella storia, che consente, come si diceva, di individuare i periodi formativi principali.

Se questi sono i caratteri (e i limiti) di uno studio diacronico del diritto, ne consegue che ogni analisi genealogica del diritto che non abbia solo un sapore antiquario ambisce a coglierne trasformazioni e indici di sviluppo: essa sarà quindi sempre (dichiaratamente o meno) rivolta al tempo presente. Questo è il compito che Paolo Grossi affida al giurista (storico) che “sente vivo il colloquio passato/presente e pone in dialettica i due momenti per sottolinearne le rispettive insopprimibili tipicità”²⁷. Soprattutto, un'analisi storica così impostata rifiuta la banalizzazione di un sapere storico che sia d'insegnamento per il presente. La comparazione diacronica è un metodo molto più raffinato e problematizzante di quanto spesso non venga inteso. Come nota molto opportunamente Paolo Grossi, lo storico del diritto non fornisce modelli, segna la linea²⁸. Questa indicazione, felice nella sintesi, si apprezza ulteriormente se associata a tre canoni irrinunciabili per il lavoro della storiografia giuridica: “la diffidenza per l'*événementiel*” (perché il giuridico non alligna nel quotidiano), “l'attenzione per la lunga durata”, “la particolare attenzione (...) al momento sincronico”²⁹.

Dal secondo punto di vista, occorre specificare che la comparazione sincronica, per quanto forse in un modo meno immediatamente evidente rispetto a quella diacronica, è sempre stata patrimonio dello storico del diritto, per vocazione e per oggetto. Per vocazione, in ragione dell'abitudine dello storico del diritto a dominare la complessità e a rivolgere la propria attenzione di studioso nei confronti delle culture giuridiche che interagiscono con quella che è a lui più vicina per motivi di semplice appartenenza (basti pensare, in epoca moderna, alla piattaforma dello *ius commune*³⁰). Per oggetto, perché la storia della cultura giuridica moderna impone una visione che abbracci l'intera dimensione europea del diritto, come già Tarello osservava. Solo in una fase ulteriore, che possiamo definire del nazionalismo giuridico, le tradizioni nazionali si separano in modo (apparentemente) netto, salvo poi, nella più stretta attualità del pensiero giuridico contemporaneo, fare sforzi notevoli (benché non ancora compiuti, né sembra di facile compimento) nella direzione dell'armonizzazione.

²⁷ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, p. 112.

²⁸ P. Grossi, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 23-24.

²⁹ P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in P. Grossi (cur.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano 1986, pp. 5-19 (le citazioni si trovano alle pp. 14-16, *passim*). Particolarmente utile è un rinvio al complesso dei contributi contenuti nel volume, che raccoglie gli Atti dell'incontro di studio tenutosi a Firenze il 26 e 27 aprile 1985.

³⁰ Su questo aspetto specifico, alcune pagine in J.-L. Halpérin, *L'approche historique et la problématique du Jus Commune*, in “Revue internationale de droit comparé”, 2000, pp. 717-731.

Del resto, la profonda relazione fra studio storico e studio comparatistico del diritto è sempre stata avvertita anche dai comparatisti stessi: Werner Lorenz, magistrale interprete di questo orientamento, ha avuto modo di ricordare che quando nel corso di una conversazione fu ripetuta la citazione del motto di Maitland, “history involves comparison”, Gino Gorla aggiunse: “si potrebbe osservare che è vero anche l’inverso”³¹. La stessa teoria dei “formanti”³² elaborata da Rodolfo Sacco (per rimanere in ambito comparatistico) aveva ben chiara la stretta relazione fra i due piani della comparazione. Era cioè consapevole del fatto che la comparazione sincronica avesse un presupposto ineludibile nell’esercizio –in misura variabile- di quella diacronica, com’è evidente dagli studi di Sacco sui *legal transplants*.

Nello stesso volume al quale appartiene il saggio di Nader Hakim e Fatih Cherfouh appare un contributo di Jean-Louis Halpérin che riprende questi due vettori, comparazione diacronica e sincronica. Il “nuovo territorio” della storia del diritto è proprio qui: all’incontro fra “*démarche historique*” e “*analyse comparative*”³³.

Una doppia comparazione da sempre ben presente ai giuristi che si occupano di questi temi³⁴, ma che ha fatto registrare un’accelerazione straordinaria negli ultimi decenni.

La ragione più immediata del fortunato recupero del canone della storia della cultura giuridica così intesa si può indicare nel fatto che essa dev’essere rivolta non solo al presente, ma verso il futuro. Nell’accezione prima velocemente tratteggiata, essa assume una capacità proiettiva inestinguibile, che deriva dal carattere costruttivo tipico di una scienza giuridica, virtù preziosa nei momenti di crisi, che com’è noto rappresentano per il teorico del diritto soprattutto grandi opportunità.

Oggi più che mai, non per caso, la storia è “compagna necessaria del diritto”, come ha scritto Sabino Cassese³⁵. Vale dunque ancora quanto ha osservato Giovanni Tarello, quando affermava che “ovunque, oggi, i giuristi sono affamati di apporti storiografici”³⁶. Perché queste parole appaiono oggi così attuali? Forse perché in ogni tempo di crisi si ricorre alla storia, per ragioni nobili e meno nobili. Fra le nobili motivazioni, si segnala quella che collega l’applicazione di un metodo doppiamente comparatistico alla costruzione scientifica dei concetti giuridici e dunque della “costituenda grammatica giuridica universale”³⁷.

³¹ W. Lorenz-J.H. Merryman-B. Nicholas-G. Pugliese, *Ricordando Gino Gorla*, Roma 1993, p.8.

³² R. Sacco, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed., Torino 1993, pp. 438 e ss.

³³ J.-L. Halpérin, *Histoire comparé du droit*, in Jacques Krynen-Bernard d’Alteroche (curr.), *L’histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, pp. 183-203. La citazione è a p. 197.

³⁴ F. von Schwind, *Osservazioni storiche e comparative sulla formazione del sistema giuridico moderno*, in *Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. la formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I vol., pp. 13-27. In questo saggio, tanto breve quanto denso, von Schwind indica nelle “conoscenze storiche e comparative” la guida sicura per ricostruire e comprendere la formazione del sistema giuridico moderno (p. 27). Riconoscendo un carattere formativo assoluto a questo procedimento, per il giurista in formazione, auspicava anche che questi due campi non fossero ridimensionati, quanto piuttosto rafforzati nei piani di insegnamento delle università europee; una preoccupazione che trovo estremamente attuale.

³⁵ S. Cassese, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in “Le carte e la storia”, 3/2009, pp. 5-11.

³⁶ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., *Prefazione*, p.7.

³⁷ P. Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino 2010, *Introduzione*, p. 8.

Naturalmente, anche (e forse soprattutto) sulla determinazione dello statuto di “concetto giuridico” ci si deve correttamente intendere. Il tema dei concetti giuridici evoca immediatamente, per lo studioso italiano, una ben nota polemica che si è svolta nel corso degli anni trenta e quaranta del Novecento, in Italia. Il dibattito, ovviamente, non è fermo lì, ma fra le posizioni in campo espresse allora, quella di Guido Calogero si staglia sulle altre e merita di essere ricordata anche oggi.

Egli colloca il giurista in una posizione intermedia, che sta tra il puro storico del diritto e il puro politico, perché la sua prestazione intellettuale consiste – allo stesso tempo- nell’identificazione degli antecedenti storici del diritto vigente e nella sua interpretazione (dottrinale o giurisdizionale). Esercitando questa eminente funzione, “egli ‘costruisce’ quelli che poi, con la terminologia logica tradizionale, vengono chiamati i ‘concetti’ giuridici: cioè propone i modi in cui, tenuto presente l’intero complesso della legislazione vigente e quei suoi precedenti che possano apparire opportuni per meglio chiarirla, gli sembra praticamente più congruo intendere i termini in cui la legge ha enunciato le sue previsioni di fatto e le forme della loro disciplina”³⁸. Il concetto giuridico è dunque in primo luogo una costruzione scientifica; sulla stessa linea si muoveva Filippo Vassalli, quando scriveva che attraverso l’elaborazione dei concetti giuridici lo studioso del diritto avanzava “nell’intelligenza dell’ordinamento medesimo”³⁹.

Si tratta, com’è noto, di temi che nella dottrina italiana del Novecento hanno sollecitato prestazioni molto importanti (fra tutte, quella di Emilio Betti). Quello che rende la posizione di Calogero sufficientemente paradigmatica del nostro discorso, tuttavia, è il radicamento di ogni concetto giuridico nella profondità della storia e al contempo nella dimensione applicativa del diritto. La sua tesi è dichiaratamente contraria a quella di chi, nell’ambito della polemica prima ricordata, si faceva portatore di un’idea permanente e universale dei concetti giuridici, come se essi dovessero formare una sorta di *philosophia perennis* fuori tempo massimo. Calogero era (anche) un esperto di logica, ma affamato di storia: è questa doppia tensione, fra le altre, che viene espressa in massimo grado nella storia della cultura giuridica.

Altrettanto noto è che la riflessione su queste categorie fondamentali del pensiero - non solo giuridico- non si è certo arrestata ai parziali e provvisori punti di vista messi in campo nella citata polemica. La grande prestazione intellettuale della scuola di Cambridge e della *Begriffsgeschichte*, alcuni decenni più tardi, avrebbe fornito un apporto metodologico fondamentale a questo modo di ragionare sul diritto e sulla storia, sul quale in questa sede non si può indugiare come sarebbe opportuno, se non per condividere la sintesi di chi ha avuto modo di osservare, recentemente, che “i concetti (...) non sono veicoli per ogni stagione e ogni destinazione”. (...) E ciò probabilmente è ancora più vero per quanto concerne i concetti e le idee *politiche e giuridiche*”⁴⁰.

³⁸ G. Calogero, *La polemica sui concetti giuridici*, in “Rivista di diritto commerciale”, XLIII (1945), I, pp. 112-129. Con il titolo *La natura dei concetti giuridici*, in ID., *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari 1947, pp. 181-209. Con quest’ultimo titolo, ora in N. Irti (cur.), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano 2004, pp. 73-99 (la citazione è a p. 83; come Calogero ricorda in questa stessa pagina, la figura del giurista fra storico del diritto e politico è mutuata da Piero Calamandrei).

³⁹ F. Vassalli, *Storia e dogma (commemorazione del prof. Luigi Moriani)*, in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Milano 1960 (1939), pp. 449-459 (p. 456).

⁴⁰ M. La Torre, *Storia e concetti. Martti Koskenniemi storico della cultura giuridica*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XLV, (1/2015), pp. 119-134. L’espressione si trova a p. 120.

Il metodo che è stato prima tracciato, che si può definire come il canone della doppia comparazione, implica dunque una stretta correlazione fra concetti giuridici e dimensione storica del diritto, evitando da un canto la degenerazione dei concetti giuridici in “mitologie giuridiche” (l’espressione, celebre, è di Santi Romano; Paolo Grossi la riproporrà, com’è noto, a più riprese) o “dogmi” (così Riccardo Orestano). Dall’altro canto, la dimensione scientifica del concetto quale sintesi dell’esperienza storica operata dall’interpretazione dei giuristi (come suggerisce Guido Calogero) evita una storia puramente evenemenziale e cronachistica del diritto. Si tratta dunque di un metodo che consente di evitare due scogli pericolosi: una teoria del diritto priva di radicamento storico e quindi di aderenza alla realtà contemporanea, da un lato; una storia del diritto del tutto priva di spessore teorico, dall’altro.

Il suo vantaggio maggiore, tuttavia, consiste nell’essere un metodo costruttivo, particolarmente adatto alla fase attuale, di superamento delle culture giuridiche nazionali e di ricostruzione di un orizzonte europeo della scienza giuridica. La storia della cultura giuridica contemporanea, per contaminare le due categorie di Tarello e Hakim, non esprime una contraddizione, ma proprio in virtù di questa sua capacità più volte definita costruttiva si presenta oggi particolarmente utile al giurista, impegnato a dare risposte a un interrogativo essenziale: “can new wine be poured into old bottles?”⁴¹.

Una metafora che disegna il compito, molto difficile, al quale è chiamato oggi il giurista, formatosi nell’ambito di una cultura giuridica nazionale della quale si dissolvono sempre più i contorni (nel duplice e correlato senso dei confini e della capacità connotativa). La crisi dello *jus publicum europæum* è diventata ormai essa stessa un luogo comune del discorso dei giuristi. Volendo sorvolare su alcune posizioni di rifiuto di tale crisi (che appare più che altro un rifiuto della realtà), si deve osservare che questa condizione attuale ci obbliga, da più punti di vista, a pensare e a elaborare il ‘tipo’ di *cosmopolis* che desideriamo abitare, o a escogitare modelli alternativi rispetto alle tesi di chi ritiene che la dimensione cosmopolitica sia ormai semplicemente inevitabile, e che la discussione verta solo sulle caratteristiche della *cosmopolis*⁴², non sull’*an* del vivere in un simile assetto (che è geo-politico e teorico al tempo stesso).

Il dibattito, com’è noto, è in corso da alcuni decenni a diversi livelli: esibisce un tasso di complessità che non può qui essere evocato. Nel limitato ambito della riflessione sulla prossima, ventura scienza giuridica europea (della quale la costruzione non appare facile, né scontata), gli orientamenti in campo appaiono particolarmente sensibili al tema della doppia comparazione, vera chiave di volta del metodo della

⁴¹ S. Cassese, *What is Global Administrative Law and why study it?*, in S. Cassese (cur.), *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, Firenze 2012, p. 10.

⁴² Così M. Koskeniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale, 1870-1960*, Roma-Bari 2012 (2001). Un libro che non si limita al notevole sforzo ricostruttivo del paradigma, oggi in crisi, dello *jus publicum europæum*, ma ne ripercorre la trasformazione e prova a tracciarne, in modo problematico, gli scenari futuri. Un lavoro (che Michael Stolleis ha definito “un’opera d’arte”, nella recensione in “Nordic Journal of International Law”, LXXIII, 2004, p. 267) che si conclude (o quasi) con un interrogativo che pur nella lunghezza della citazione vale riportare: “oggi, la questione non è se essere o meno cosmopoliti, ma che tipo di *cosmopolis* si debba preferire, a quale particolare ci si debba oggi contrapporre. Bisogna lasciare che regni il libero commercio oppure certi valori dovrebbero essere ritenuti culturali in senso forte e quindi impossibili da accomodare nell’ambito dell’economia politica del diritto internazionale?” (p. 632).

storia della cultura giuridica, e appaiono stabilmente collocati sulle direttrici dello studio storico del diritto e della costruzione dei concetti giuridici.

Veramente notevole e paradigmatico, in questo senso, il dialogo fra Massimo Brutti e Armin von Bogdandy, sul punto del metodo e degli scopi della nuova scienza giuridica europea. La tesi di fondo sostenuta da Brutti⁴³ si pone come un risposta al “doctrinal constructivism” proposto da Armin von Bogdandy⁴⁴, che porterebbe con sé il rischio di un nuovo dogmatismo. Indubbiamente, Brutti offre più di un motivo di riflessione, quando scrive che non saranno il diritto romano, né il lessico intellettuale dello Stato liberale e poi costituzionale di diritto a fornire al giurista contemporaneo le risposte che cerca; e che occorre sottoporre il diritto dell’Unione europea alla prova di una rigorosa “storicizzazione”, cui va affiancata un’analisi funzionale, sociale, economica, politica delle sue prassi (normative, giurisprudenziali e dottrinali).

Quest’ultima osservazione esplicita, da sola, quanto spero consegua dalla breve ricostruzione fin qui proposta: il nesso profondo che esiste fra storia della cultura giuridica e dimensione complessa della politica. È forse tramontato (ma si tratta di un’affermazione più problematica di quanto non appaia) il legame tradizionale con lo Stato, che ha espresso per alcuni secoli la quasi totalità della dimensione politica; è altresì esaurita la sua funzione ausiliaria all’idea di nazione. Ma non può essere reciso, per ragioni metodologiche e quindi di merito, il legame con la natura eminentemente politica dell’oggetto diritto, purché con la categoria della “politica” si rinvii, come correttamente si dovrebbe fare, all’insieme delle strutture giuridiche, economiche, sociali, istituzionali, ideologiche di una comunità organizzata. Questo plesso di radici del diritto espone la storia della cultura giuridica contemporanea al suo vero, grande profilo critico, che non è affatto rappresentato dal tramonto (non definitivo, per quanto secolare) dello Stato, ma dalla sua capacità di tenuta, in una dimensione così vasta come quella europea.

Se per storia della cultura giuridica moderna e contemporanea si intende uno strumento utile alla costruzione della nuova grammatica giuridica europea, ci si deve porre l’interrogativo radicale: esistono i presupposti strutturali di una cultura giuridica europea, o si corre il rischio concreto di partecipare, con zelo, a una fusione a freddo fra culture giuridiche sostanzialmente immature alla confluenza in un lessico intellettuale veramente comune? La portata di una simile domanda, che non è affatto retorica ma al contrario rappresenta forse la sfida maggiore che sia posta al giurista dell’età contemporanea, si misura con quello che i giuristi fanno, meglio di quanto non possa essere assicurato dalla sola frequentazione di ciò che i giuristi dicono (l’assonanza evidente è con un’affermazione di Giovanni Tarello, prima citata).

Un percorso efficiente ai fini della costruzione di una risposta a questo interrogativo consiste proprio nella ricostruzione dei formanti che presiedono oggi al nuovo assetto del diritto positivo sovrastatale (in larga misura di formazione giurisprudenziale: il che rende se possibile il contributo del teorico del diritto ancora più necessario), delle sue radici storiche, della sua dimensione teorica, del suo statuto

⁴³ M. Brutti, *Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso)*, in “Rivista Trimestrale di Diritto pubblico”, 4/2012, pp. 905-931.

⁴⁴ *Passim*, nella produzione recente di von Bogdandy, ma specialmente nel saggio *The past and promise of doctrinal constructivism. A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe*, in “International Journal of Constitutional Law”, 2009, pp. 364-400.

da un punto di vista dogmatico. Consiste nel registrare discontinuità e assonanze, nella mappatura di un *common core* che non deve discendere dalle categorie dei giuristi che lo tracciano (o dai loro auspici), ma deve sorgere dalla frastagliata realtà che il mondo del diritto esibisce attualmente e ci sottopone, anche nel segno di una forte discontinuità (che è appunto la discontinuità della storia, della cultura, della vita del mondo del diritto). Questo atteggiamento è forse l'unico in grado di conoscere il fenomeno, anche per orientarlo o, meglio, per comprenderne (selezionandoli) gli orientamenti possibili. In esito a questo lungo e complesso lavoro, che coinvolge una pluralità di studiosi del diritto, si può nutrire in modo non irragionevole l'ambizione di fornire una risposta, o frammenti di risposta, alla domanda decisiva prima evocata.

3. Una postilla

A questo punto della ricostruzione, un'ulteriore questione si impone. Forse non sarà di immediata evidenza per quello che Calogero definiva il puro storico del diritto, ma è una questione essenziale dal pur ristretto punto di vista di chi scrive.

Quando si allude alla difficile opera di sintesi – nel senso appena evocato – che attende il giurista contemporaneo, a quale giurista, esattamente, ci riferiamo? A chi spetta questo compito? Allo storico del diritto, sicuramente, ma non in via esclusiva. Su questo specifico aspetto, Giovanni Tarello è stato un vivace interlocutore di Paolo Grossi, il quale aveva posto la questione in termini molto chiari: riferendosi alla visione che animava il volume di Tarello dedicato alla *Storia della cultura giuridica moderna*, “il più grosso apporto di Giovanni in questo campo”, Grossi affermava di avvertirlo come “un’opera di supplenza rispetto alle negligenze e alle distrazioni dello storico professionale del diritto”⁴⁵.

In una certa misura, per parafrasare il già citato Gorla, si potrebbe oggi affermare l'inverso. Mi pare del tutto inopportuna ogni pretesa che intenda riacquisire in via esclusiva al campo della filosofia del diritto le competenze oggi espresse principalmente dagli storici del diritto, sul fronte della storia della cultura giuridica. Una simile pretesa rischierebbe di tradursi in un'improbabile (*rectius* inutile) vertenza sulla legittimazione all'esercizio di un metodo che, come ho cercato di sostenere seppure rapidamente, dovrebbe invece tornare ad essere largamente e consapevolmente praticato. Molto più proficuo, a mio modo di vedere, sarebbe perseguire una logica di reciprocità, di dialogo vigile, di confronto scientifico serrato e dunque produttivo.

Per questi stessi motivi, non sarebbe utile né coerente limitare il ragionamento a queste due discipline: non utile, perché in un tempo come quello presente, dunque nella crisi e nella complessità, l'apporto della scienza giuridica tutta (nel rispetto delle specificità e delle specializzazioni, come in ogni ambito in cui si eserciti un sapere scientifico) si rivela determinante e deve essere corale. Non coerente, perché il riferimento alla storia della cultura giuridica e alla metodologia che le è sottesa reca inevitabilmente con sé la necessità di un dialogo fra gli studiosi del diritto e li convoca – tutti – al recupero di una maggiore e teoricamente profonda frequentazione del metodo storico-comparatistico. In parte, per le virtù costruttive, *pro futuro*, che esso

⁴⁵ S. Castignone, (cur.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna 1989, p. 242.

serba, ma soprattutto perché si tratta, a mio modo di vedere, di “un problema di presupposti culturali” del sapere giuridico, che travalica e assorbe la (pur non semplice) questione del rapporto fra storia e diritto⁴⁶, coinvolgendo i giuristi ben oltre le partizioni disciplinari che pure ne governano il lavoro specialistico.

Per molte ragioni, tuttavia, è auspicabile che la storia della cultura giuridica moderna e contemporanea torni a essere una parte costitutiva (direi anche *formativa*⁴⁷) dell’impegno dello studioso di filosofia del diritto in modo particolare, anche se in un’ottica di cooperazione con altri giuristi che si avvicinano a questo metodo, condividendolo. La vocazione del filosofo del diritto che oggi torni a praticare il metodo della doppia comparazione, che è peraltro nella sua lontana ma nobile storia disciplinare, gli procurerà senza dubbio una posizione scomoda: sarà un dilettante fra gli storici, un antiquario fra i filosofi del diritto. In Italia, nonostante i precedenti autorevoli, si ritroverà senz’altro in una posizione minoritaria, scientificamente e accademicamente.

Le posizioni scomode, tuttavia, regalano spesso panorami insuperabili, come sapeva bene il barone rampante di Italo Calvino, che preferiva vivere sugli alberi non per isolarsi, ma per osservare i fenomeni nella loro ampiezza, e con il senso della prospettiva che offre solo un necessario distacco⁴⁸. Secondo Leonardo Sciascia⁴⁹, Cosimo Piovasco di Rondò è l’antitesi del disimpegno, è un’autentica sentinella della ragione.

⁴⁶ P. Schiera, *Storia-diritto, diritto-storia. Un problema di “scienze sociali”*, in P. Grossi (cur.), *Storia sociale e dimensione giuridica* (cit.), pp. 221-237 (l’espressione è tratta da p. 228).

⁴⁷ Il carattere formativo del metodo non riguarda solo le discipline giusfilosofiche, naturalmente. Su questo aspetto, che coinvolge il determinante tema del ruolo (e del peso) delle discipline storico-filosofiche, nell’ambito dei corsi di studio delle Università italiane ed europee, mi limito a rinviare brevemente a M. Caravale, *Le discipline storico-giuridiche*, in C. Angelici (cur.), *La formazione del giurista*, Milano 2005, pp. 15-26.

⁴⁸ I. Calvino, *Il barone rampante*, Torino 1957.

⁴⁹ L. Sciascia, Recensione a I. Calvino, *Il barone rampante* (Torino, 1957), in “Il Ponte”, 12, dicembre 1957, pp. 1880-1882.