

Massimo Nardoza

Codificazione civile e cultura giuridica in Italia Appunti per una ricerca

SOMMARIO: Introduzione – 1. Dalla continuità alla discontinuità – 1.1. All'interno della fibra testuale – 1.2. Codificazione e pensiero giuridico – 2. Un approccio pionieristico: dottrina e storia delle codificazioni nella filosofia del diritto privato di Gioele Solari – 2.1. Filosofia e storia del diritto – 2.2. Socialismo e diritto privato – 2.3. Determinazione dei contenuti del codice – 3. Una 'premessa storica': la voce dell'enciclopedia del diritto di Vincenzo Piano Mortari e gli studi sul formalismo di Raffaele Ajello – 3.1. Una forma nuova – 3.2. Una forza ideale – 4. Aspetti «storiografici» del dibattito sulla codificazione e «scientificità» della storia del diritto: il lavoro di Paolo Ungari – 4.1. Comprendere le identità – 4.2. Codice e Costituzione – 5. Codificazione e unificazione giuridica: il lavoro di Carlo Ghisalberti – 5.1. Codice e Stato – 5.2. Il senso dell'unità – 6. La qualificazione dogmatica codicistica a base romanistica: Salvatore Di Marzo e Roberto Bonini – 6.1. Storicità e dogmatica giuridica – 6.2. Il passato è storia – 6.3. Un salto generazionale – 7. Storicità del metodo giuridico ed estensibilità del campo di applicazione della storia del diritto: Riccardo Orestano e Pietro Rescigno – 7.1. Relatività dei concetti – 7.2. Il problema della storicità – 7.3. Codice e democrazia – 8. Filosofie e tecniche della codificazione civile: il lavoro di Domenico Corradini – 8.1. Il tema della buona fede – 8.2. Critica alla scuola giuridica dell'esegesi – 9. La coscienza della storicità nella storia delle codificazioni di Adriano Cavanna – 9.1. Lo spirito delle codificazioni – 9.2. Storicità del codice – 10. Codificazioni e cultura giuridica: la riflessione di Giovanni Tarello – 10.1. Idea del codice e della giuridicità – 10.2. Interpretazione del codice e cultura giuridica

ABSTRACT: In this essay the Author aims at reconstructing a number of significant aspects of the Italian legal historiography of the XX century relating to the civil codification. The investigation directly involves legal historians active until the end of the 70s, with related considerations also for the subsequent decade, but in a circumstantial, concise frame. The Author reviews some critical positions adopted by private law scholars and legal theorists aware of the dimension of historicity, but not professional historians; this is in order to highlight the "historiographical" relevance of the issue of method of interpretation of the civil code. Together with a phenomenological description of the approach taken by historiography on the description of cultural contexts, the Author particularly shows how, within the Italian legal historiography, the process of codification made possible for the first time a new approach towards the technical and ideological contents of the work carried out by lawyers, and how the concept of culture corresponding thereto could then be generated.

KEY WORDS: codification - cultural legal contexts - italian historiography

Introduzione

La scienza giuridica e in genere la cultura giuridica contemporanea hanno posto come uno tra gli oggetti privilegiati di analisi la questione del codice. Sia che fosse realtà o strumento da mantenere e difendere, sia che fosse, al contrario, da abbandonare e negare, il codice ha dato luogo a un dibattito che ha radici lontane; si enuncia con autorità nel giuspositivismo moderno, si mantiene in forme diverse nella sua crisi e oltre. Un dibattito tutt'altro che risolto e non per insufficienza dei protagonisti, ma per le difficoltà proprie della questione¹: il fenomeno 'codice', la sua definizione formale e il suo contenuto materiale si sono mostrati più complessi di quanto potesse evincersi dalla semplice nozione.

¹ Una verifica della rilevanza storiografica del tema proviene dagli atti del convegno su *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.

Dalla complessità delle determinazioni storiche e delle analisi particolari sono emerse sintesi significative². Appare opportuno non limitarsi alla descrizione delle soluzioni come tali, ma indagare le condizioni che le hanno determinate e gli elementi teorici da esse messi in campo.

La questione del rapporto ‘storico del diritto’/‘codice’ si spinge oltre il rinnovato e moltiplicato impegno didattico e di ricerca. Il rapporto di un’intera generazione con i principi e i valori cristallizzati nel codice civile del 1942 (e ancor prima nel codice del 1865, fino a risalire ai codici preunitari) non si esaurisce al momento della descrizione delle norme dei codici. È importante anche indagare l’impatto culturale diretto di ciascun giurista con il diritto vivente, cioè con il coacervo di conflitti e di tensioni unitarie, se ve ne sono, attraverso il cui flusso si definisce, in una determinata fase storica della società, un certo assetto di fondo regolativo dell’attività giuridica dei privati. Si allude qui al diritto vivente nel senso più immediato con cui, per esempio, di recente la cultura giuridica, per paura di cedimenti, invita a dichiarare vivo il codice civile. Vivente, dunque, come valore effettivamente difeso e proclamato, almeno da alcuni³.

La domanda sul significato del ‘codice’ per lo storico del diritto italiano può apparire provocatoria, se appena si ricorda con quale frequenza, anche in anni recenti, si è parlato di età della ‘decodificazione’⁴, di riforma dei codici⁵, di superamento dello strumento nazionale e di un codice europeo⁶. Se i giuristi di oggi sono in una situazione

² Per la storia dell’idea di codificazione e dei processi codificatori, v. gli importanti studi di P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1988; P. Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*, in “Index”, 29 (2001), pp. 1 ss.; E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino 2000; I. Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica dell’età moderna*, Torino 2002; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002; S. Solimano, *‘Il letto di Procuste’. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003; Id., *Verso il code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998; M.R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano 2006; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2011².

³ Intendiamo, per tale via, anzitutto restare agganciati a questa lenta, ma continua, opera di ridefinizione e reinterpretazione del codice: v. N. Irti, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari 1995; Id., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino 1974²; cfr. pure Id., *La cultura del diritto civile*, Torino 1990. Una rimediazione di fondo è dibattuta nel volume collettaneo *La civilistica italiana dagli anni ‘50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1989, Padova 1991; si veda pure G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000; il denso saggio di U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato – Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in “Quaderni fiorentini”, 28 (1999), pp. 293 ss.; il volume di P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari 1992. Sul problema del diritto vivente v. L. Mengoni, *Il ‘diritto vivente’ come categoria ermeneutica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano 1996, pp. 141 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, Napoli 2006.

⁴ N. Irti, *L’età della decodificazione*, Milano 1999⁴, *passim*, pp. 21 ss. e pp. 33 ss. e K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985, pp. 47 ss.; sul dibattito v. anche P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 91 ss.

⁵ R. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in “Rivista di diritto civile”, I, 1983, pp. 123 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in “Il Foro italiano”, V, 1998, c. 60 ss.; M.J. Bonell, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in “Europa e diritto privato”, 1998, pp. 171 ss.

⁶ S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano 2007²; U. Mattei, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in “Contratto e impresa/Europa”, 1998, pp. 208 ss.; L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell’ordinamento giuridico «aperto»)*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1996, pp. 181 ss.; P. Grossi, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in “Rivista di diritto civile”, I, 1996, pp. 281 ss.; A. Gambaro, *“Jura et Leges” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in “Europa e diritto privato”, 1998, pp. 964 ss.

particolarmente difficile da questo punto di vista, non si deve omettere di riscontrare come le generazioni precedenti fossero in una situazione altrettanto difficile. Il rapporto con il ‘codice’ civile è stato frutto di una sorta di lotta d’emancipazione, di crescita di ciascuna generazione, di scoperta e di appropriazione del valore dell’autonomia privata, perfino al di là delle forme concrete in cui a ciascun giurista è capitato di sperimentarle: ché anzi, la critica e il superamento di quelle forme sono parte dello sviluppo della scienza giuridica. In questo senso, tra le generazioni possono esservi scarti e discontinuità quanto alle forme in cui la politica dell’ordinamento si esprime e si organizza. Ma, ciascuno a suo modo, eguali possono essere l’impegno di partecipazione dei giuristi di concorrere alla definizione delle modalità di regolamento degli interessi privati.

Si impone una prima osservazione: all’interno delle differenti discipline giuridiche è in opera il tentativo di cogliere il fenomeno della cultura e del pensiero dei giuristi, nel suo divenire storico e nelle sue caratteristiche sistematiche. Il nostro compito preliminare sarà allora proprio quello di esporre, dall’angolo visuale del problema della codificazione civile italiana, il tipo specifico di relazione esperienziale per cui tali formazioni sono colte, non solo come auto-sufficienti e complete, ma anche sempre come fenomeni culturali. Insieme ad una descrizione fenomenologica di questo atteggiamento verso la ricostruzione dei contesti culturali, tenteremo di specificare come, nell’ambito della storiografia giuridica italiana, il processo della codificazione abbia reso per la prima volta possibile un nuovo atteggiamento verso i contenuti tecnici e ideologici del lavoro dei giuristi e come il concetto di cultura ad esso corrispondente abbia potuto in generale originarsi. Ci si deve allora chiedere, preliminarmente, quali condizioni hanno consentito, con l’avvento delle codificazioni, il sorgere di una nuova relazione tra il giurista e la propria produzione scientifica, tale che quest’ultima diventa analizzabile in quanto fenomeno culturale e acquisisce il suo significato ultimo proprio da questa analisi.

Questa riflessione sull’esperienza giuridica delle codificazioni assume, per lo storico del diritto, oltre che un valore indicativo della problematicità che investe il diritto moderno e contemporaneo, una portata peculiare per le specifiche difficoltà che essa è stata chiamata a superare, nel suo sforzo di costituirsi come valido tema di ricerca in seno alla storia del diritto. Attraverso questo sforzo il tema delle codificazioni diviene un campo di ricerca centrale, non soltanto per osservare la configurazione degli istituti giuridici, ma anche per analizzare le connessioni esistenti tra codice e valori sociali e politici dominanti in una determinata collettività.

Per molto tempo – almeno per la prima metà del Novecento – la tendenza storiografica del diritto italiano ha negletto la ricerca sul pensiero giuridico moderno, occupandosi prevalentemente del diritto medievale⁷. Peraltro, le indagini che si sono rivolte al problema del diritto medievale, manifestavano un carattere eminentemente

⁷ Sulla tendenza affiorata nella produzione scientifica della storiografia del diritto italiano e sul rapporto con il proprio passato v. R. Ajello, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, cit., il quale indaga criticamente il problema dei nessi interdisciplinari tra questa pratica storiografica e quelle con lei più direttamente confinanti. Su questa tendenza, v. *infra*, nota 21. Occorre, tuttavia, fare attenzione, allorché si coglie l’opportuna esigenza di volgere lo sguardo storico anche alle epoche successive al medioevo e quindi al pensiero giuridico moderno e contemporaneo, a non contrapporre il pregiudizio, assolutamente inaccettabile, dell’inutilità degli studi di diritto medievale (v. sul punto le considerazioni critiche di M. Bellomo, *Elogio dei dogmata legum. Memorie per una storia della storiografia giuridica*, in “Rivista internazionale di diritto comune”, 20 (2009), pp. 29 ss.), ovvero a perpetuare il pregiudizio ottocentesco che immaginava i giuristi dell’età del diritto comune come intellettuali “pedanti e senza potere” (così L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975², p. 88).

ricostruttivo degli aspetti storico-politici dell'età intermedia apparendo, però, meno propense ad una definizione teorica e sistematica dei principi giuridici indagati. Si può certo osservare, quanto all'interesse che ha animato la ricerca giuridica per le istituzioni giudiziarie e amministrative medievali e per la loro attività, per la struttura e l'attività delle corti giudiziarie, per la formazione e l'opera delle formazioni feudali, per il funzionamento e gli effetti dei contesti privatistici e così via, che siffatte ricerche – più o meno specifiche e circoscritte e nelle quali prevaleva una tendenza descrittiva o rivolta ad una immediata esplicazione – presupponevano una determinata nozione di legge e di diritto, nozione che sembrava essere assunta da un intendimento più o meno generalmente accettato e diffuso.

La metodologia di quelle indagini non mancava di un aspetto o di un momento esplicativo, ma appariva come segnata da una fondamentale motivazione ideologica, in quanto volta a legittimare e sostenere una forma di organizzazione sociale e politica a preferenza di altre; e ciò, sia che quella forma ritrovasse nell'esperienza storica i suoi presupposti obiettivi, o almeno gli elementi, che consentivano di enucleare le possibilità della sua attuazione, sia che assumesse un valore più decisamente deontologico e conseguisse, quindi, ad un atteggiamento polemico e ad una valutazione critica delle istituzioni sociali e politiche vigenti. Quella presa di distanza dai principi di inquadramento teorico del diritto moderno e contemporaneo (di carattere, possiamo dire, scopertamente dogmatico), ha contribuito a rendere più vasto l'orizzonte della ricerca storica e più duttili i tentativi di teorizzazione. Ma l'ispirazione empiristica e la tendenza fattualistica, che stavano a fondamento della maggior parte delle indagini, hanno reso particolarmente difficile il cammino da percorrere in vista del fine che gli storici si proponevano e che era rappresentato dalla fondazione dell'autonomia teorica della storia del diritto, perché hanno esposto la disciplina al pericolo di perdersi nell'"impasse" di una semplice accumulazione di dati o di una annotazione di problemi.

Nei confronti di siffatti caratteri della riflessione storico-giuridica, la ricerca successiva (a partire dagli anni Settanta del Novecento) sulla storia del pensiero giuridico moderno e sulle codificazioni – penso alle ricerche sulle grandi delineazioni teoriche del Settecento e sugli sviluppi che ne sono derivati nell'Ottocento e nel Novecento – risulterà invece ispirata ad un orientamento essenzialmente empiristico e tecnico, per cui essa tenderà ad analizzare particolari manifestazioni, fatti o istituzioni del mondo politico-giuridico moderno, per cogliere i modi in cui essi si presentano e si svolgono, la loro struttura e il loro funzionamento. Queste altre ricerche si rivolgono, oltre che al problema di impostazione generale dei presupposti degli ordinamenti, studiando direttamente il fenomeno della codificazione e le varie forme di sistema giuridico, anche a specifici problemi tecnici, nel proposito di uscire dall'ambito circoscritto degli istituti, per delineare, in qualche misura, un soddisfacente quadro teorico, un complesso di concetti e di principi che orientino verso una considerazione e una ricostruzione dotati di un'ispirazione almeno tendenzialmente unitaria.

Da questo punto di vista, si potrebbe porre l'interrogativo di quali significati assume il codice per ciascuna generazione.

In questa sede si tenderà solo a delineare quelle condizioni in cui il problema del significato 'codice' si è posto per ciascuna generazione e oggi si ripropone e, dunque, indicare la possibilità di affermazione di un certo significato. La possibilità: questa si ricava dal complesso delle indicazioni culturali e delle situazioni storico-politiche che in ciascun momento sono determinate e, dunque, possono essere richiamate con precisione, sia pure sinteticamente. Univocità o contraddizioni, ambiguità, accordo sui principi o critica

manifesta, talvolta sull'interpretazione, talaltra perfino sulla scelta preliminare di includere o meno il riferimento al codice per regolare l'assetto dei rapporti privati.

Questo saggio si propone di ricostruire alcuni tratti salienti della storiografia giuridica italiana in rapporto alla codificazione civile. Sebbene l'orizzonte temporale oggetto della presente indagine mostri di coinvolgere direttamente i contributi della storiografia giuridica italiana del Novecento, il nostro approfondimento si è arrestato alla tematizzazione degli autori attivi fino alla fine degli anni Settanta, con conseguenti considerazioni anche per il decennio successivo, ma in una cornice di sintesi che si è mantenuta circostanziata e ristretta al tornante degli anni Settanta, durante i quali è esplosa l'attenzione storiografica per il tema della codificazione. In questo lavoro si passano in rassegna anche alcune posizioni critiche assunte da civilisti e da teorici del diritto attenti alla dimensione della storicità, ma non storici di professione, e ciò per sottolineare la rilevanza "storiografica" del problema del metodo nella interpretazione del codice.

Gli autori non sono stati inseriti seguendo un puro ordine cronologico, ma sono stati scelti in quanto ritenuti più funzionali allo scopo di far emergere tendenze e raggruppamenti che si è tentato poi di confrontare reciprocamente. Quello dagli anni Ottanta del Novecento ad oggi può essere visto come un periodo ancora troppo vicino per raccogliere la riflessione storiografica sviluppatasi attorno alla codificazione civile, anche se è proprio a partire da questo periodo che il dibattito ha conosciuto uno straordinario approfondimento di temi e questioni che avevano costituito l'ossatura della discussione nel periodo precedente, qui preso in considerazione. Si pensi al libro di Ugo Petronio sulla lotta per la codificazione⁸, nel quale si raffronta buona parte della scienza giuridica degli ultimi decenni, portando lo sguardo dello storico del diritto sul tempo al quale appartiene. Ciò consente di non dipingere un quadro storiografico ideologico, attraverso il quale magari preconstituirsì una via di uscita dal sistema di contraddizioni che lo hanno tenuto in tensione: crisi del diritto comune e *progrès* della legge; apologia della codificazione come istituzione moderna; costruzione di un'idea di codice per sovrapposizione in grado di rimuovere universalisticamente il conflitto giurisprudenziale. Ogni dottrina non trova mai spiegazione solo in se stessa; ciò perché il sistema di condizioni che l'ha prodotta è costituito da influenze non interamente chiarite. Posizioni opposte e distinte subiscono mediazioni che ne alterano i rispettivi significati, le modificano in se stesse e ne determinano lo sviluppo. Per altro verso, il pensiero giuridico si trasforma in dato obbiettivo e materiale capace, nelle sue sintesi più alte, di produrre fatti innovativi talmente rilevanti che ne garantiscono in ogni modo la durata, nel senso che viene assimilato anche quando è negato; il nuovo che sopravviene si rapporta ad esso come oggetto polemico o lo assimila come proprio ingrediente ed elemento.

La congiuntura storica e teorica entro cui matura la questione della codificazione civile è di questo tipo. Il codice copre un ampio spettro di significati, ma affrontare per intero la problematica non è pensabile; si può però assumerla come presupposto e averla presente in tutta la sua complessità come lo spazio reale che dà ragione e prospetticamente dirige

⁸ U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit.; v. pure, Id., *Una categoria storiografica da rivedere*, in "Quaderni fiorentini" 13 (1984), pp. 705 ss.; Id., *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in "Quaderni fiorentini", 27 (1988), pp. 83 ss. In questi scritti, Ugo Petronio sottopone ad una critica analitica l'impiego storiografico dello schema consolidazione-codificazione introdotto in Italia da Viora; v. sul punto anche le considerazioni critiche di N. Irti, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in Id., *Codice civile e società politica*, cit., pp. 73 ss.

questo lavoro. In questo senso si deve dire che la ricerca appartiene al tema più di quanto il tema sia contenuto nella ricerca.

La codificazione è un dato materiale contestuale a un sistema di credenze, convinzioni comuni, culture; fa capo a un sistema di definizioni e di giudizi, e per essa si spendono formule; un sistema la include, la tende e la sostiene. Il contenuto materiale del codice, la distribuzione e la gerarchia delle sue funzioni, costituiscono un luogo o un modo specifico e determinato della sua esplicazione. Il codice così inteso appare sotto il segno della teoria (filosofie del codice).

Le pagine che seguono vorrebbero delineare un percorso, una traccia che si ricolleggi alla critica dell'oggetto che i giuristi hanno proposto e praticato.

I giuristi assumono come punto di riferimento delle categorie interamente date (come il codice⁹, o lo Stato¹⁰, o l'ordinamento giuridico¹¹); ma lo storico del diritto non si limita a

⁹ Le categorie che soprattutto occorre vagliare criticamente sono quelle che si impongono nel modo più immediato: come proprio quella del codice. Non ci viene forse data con la più grande certezza? Individualizzazione materiale del codice, che occupa un determinato spazio, che ha un valore giuridico, e che segna di per sé, per mezzo di un certo numero di indicazioni, i limiti della sua operatività; determinazione dello Stato che si riconosce e si delimita attribuendo una data collocazione. Sul problema del significato del termine 'codice' e sulla valutazione problematica delle cesure storiche, nonché delle scelte politiche connesse alla circolazione dei modelli codicistici, oltre gli autori citati *retro* nella nota 2, v. le voci di A. Gambaro, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, II, Torino 1988, pp. 442 ss. e G. Tarello, *Codificazione*, ivi, II, pp. 465 ss. Per le implicazioni metodologiche v. P. Cappellini, *Il codice eterno – La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 11 ss. «... la storia dell'idea medesima di codice deve vivere di periodizzazioni diversificate, (...) ormai determinate idee di codice non sono più attuali, nonostante la continuità del termine, e nonostante, soprattutto, che, al contrario, la simbologia e la mitologia codicistiche rimangano tuttora importanti e influenti per l'immaginario dei giuristi» (*op. loc. cit.*, p. 19). E tuttavia, non appena si guarda meglio, incominciano le difficoltà. Categoria materiale del codice? È la stessa sia che si tratti della raccolta di Giustiniano, o del Codice civile di Napoleone? [v. H. Ankum, *La 'codification' de Justinien était-elle une véritable codification?*, in *Liber amicorum J. Gilissen*, Antwerpen 1983, pp. 1 ss.; F. Gallo, *La codificazione giustiniana*, in "Index", 14 (1986), pp. 1 ss.] È ancora la stessa se si tratta del Codice civile italiano del 1865? In altre parole, la categoria materiale del Codice non è piuttosto una categoria accessoria nei confronti della categoria qualificativa a cui offre il supporto? Ma questa categoria qualificativa, a sua volta, è omogenea se uniformemente applicabile? Il fatto è che i confini di un codice non sono mai netti né rigorosamente delimitati: al di là della sua configurazione interna e della forma che lo rende autonomo, esso si trova preso in un sistema di rimandi ad altri testi giuridici, ad altre norme: l'asse di una fitta matassa. E questo meccanismo di rimandi varia a seconda che si tratti di una raccolta di statuizioni imperiali, come per il codice giustiniano, oppure di un contenitore di norme giuridiche, come per i codici moderni; la categoria del codice, anche intesa come fascio di rapporti, non può essere considerata come identica nei vari casi, la sua unità è relativa e variabile. Perde la sua evidenza non appena la si interroga; incomincia ad indicarsi e a costruirsi soltanto a partire da un ambito complesso del discorso.

¹⁰ Per quanto riguarda lo Stato e i problemi che esso solleva, dal punto di vista storiografico, v. il volume collettaneo a cura di P. Costa e D. Zolo, *Lo Stato di diritto, storia, teoria, critica*, Milano 2002; nonché, per lo meno, i differenti punti di vista espressi da F. Di Donato, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, prefazione di M. Troper, Bologna 2010, spec. pp. 27 ss. e 463 ss.; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna 1988 e L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari 1997. Questa denotazione, infatti, anche se si lasciano da parte i problemi dell'attribuzione, non è una funzione omogenea: la costituzione di uno Stato presuppone un certo numero di scelte che non è agevole individuare. In pratica, se si parla tanto volentieri e senza farsi troppe domande dello Stato di una data epoca, è perché si suppone che esso sia definito da una certa funzione di espressione. Si ammette cioè che ci debba essere una dimensione nella quale lo Stato si rivela, in tutte le sue componenti, anche quelle periferiche e meno importanti, come l'espressione delle determinazioni storiche in cui si trovava formato. Non è difficile comprendere come una simile categoria non solo non è data immediatamente, ma viene costituita per mezzo di un'operazione; che questa

dimenarsi all'interno di queste categorie per studiarne la configurazione interna o le nascoste contraddizioni, laddove si sofferma su di loro soltanto il tempo di chiedersi di quali unità siano formate, con quale pretesa possano rivendicare un settore che le specifichi nello spazio e una continuità che le individualizzi nel tempo, secondo quali canoni si formino e se, in definitiva, non siano, nella loro individualità acquisita e istituzionalizzata, il sostrato di categorie più consistenti. I problemi che la storia giuridica propone vengono, così, messi subito in questione, smontati e ricollocati in uno spazio più generale che, dissipando la loro apparente familiarità, permette di farne la teoria. Il giudizio sulla riuscita di tale progetto dipende da esplicite scelte valutative, nonché da finalità ricostruttive e orientamenti esplorativi, i quali tutti giustificano soltanto in via pragmatica, rispetto alla strategia «scientifica» intrapresa, i criteri operativi che necessariamente si impiegano entro una determinata situazione storica.

1. Dalla continuità alla discontinuità

1.1. All'interno della fibra testuale

La storiografia giuridica contemporanea si trova di fronte una serie di problemi metodologici, che nel loro complesso la caratterizzano: la definizione del livello d'analisi e degli elementi che sono pertinenti ad esso (le categorie impiegate, con le loro regole d'uso e i campi teorici che stabiliscono, oppure la struttura formale delle qualificazioni interpretative e i tipi di legame che le uniscono); la specificazione di un modello d'analisi; l'individuazione dei vari problemi che articolano il materiale studiato (gli ambiti di luogo e di tempo, le caratteristiche comuni); la determinazione degli elementi che consentono di caratterizzare un istituto giuridico e le sue vicende (elementi funzionali o causali).

Tali problemi meritano considerazione perché da essi può inferirsi come gli storici del diritto abbiano progressivamente messo a punto le proprie modalità di indagine sulle

operazione è interpretativa (in quanto *capta*, all'interno del concetto impiegato, la trasmissione di qualcosa che al tempo stesso il concetto mantiene occultato); che infine l'operazione concettuale che determina lo Stato, nella sua unità, e conseguentemente l'istituzione stessa, non sarà la medesima se si tratta della *res publica* romana o dello Stato post-unitario italiano e che quindi, nell'un caso e nell'altro, non si parlerà di «Stato» nello stesso senso. Lo Stato non si può considerare né come una categoria immediata, né come una categoria certa, né come una categoria omogenea.

¹¹Nella prolusione romana del 1961 sul concetto di "ordinamento giuridico" (R. Orestano, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in "Jus", 13 (1962), pp. 35 ss.), Orestano ne prospetta un uso critico e tuttavia ampio; cfr. pure quanto Orestano sosterrà nella voce *Azione (storia del problema)*. L'operazione verrà ripresa, a distanza di anni, da Tarello, il quale suggerirà invece di accantonare la nozione di "ordinamento", usandola il meno possibile: cfr. G. Tarello, *Prospetto per la voce "Ordinamento giuridico" di un'enciclopedia*, in "Politica del diritto", 6 (1975), pp. 73 ss., ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 173 ss. In questo scritto Tarello ripensa l'impostazione che aveva adottato sul finire degli anni '50 (cfr. Id., *Sul problema della crisi del diritto*, Torino 1957). Nella teoria istituzionale, come pure nella "nomodinamica" tratteggiata da Kelsen e nelle sue derivazioni italiane, il procedimento di unificazione e sostantivazione dei fatti gli sembra tale da togliere ogni utilità descrittiva alla categoria stessa dell'ordinamento, facendone una proiezione ideologica: un'immagine tendenzialmente immobilistica delle forme giuridiche, incompatibile con l'analisi della loro interna eterogeneità e degli antagonismi che la muovono. Sul punto cfr. pure Id., *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 7 (1977), pp. 147 ss.; in particolare pp. 162 ss., ora in Id., *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, pp. 241 ss., 256 ss.

esperienze giuridiche moderne e secondo quali finalità di approccio rispetto ad altre presenze disciplinari¹². Tutti questi aspetti, altresì, meritano un cenno in questa sede in quanto riferibili anche al campo della storia delle codificazioni.

Si prenda il tema del passaggio dalla tradizione di diritto comune all'avvento delle codificazioni: aspetto cruciale nella storiografia per leggere il fenomeno di produzione del diritto in termini di discontinuità tra i due momenti, oppure isolare la codificazione su uno sfondo di persistenza di apporto creativo da parte dei giuristi, alle prese con adattamenti e modalità di applicazione. Più in generale il problema per gli storici del diritto è che, nell'analizzare un determinato fenomeno o un istituto giuridico contenuto nel codice, il richiamo indifferenziato ad una continuità con la tradizione precedente a quel fenomeno o a quell'istituto rischi di confondere gli elementi di novità.

Per gli storici del diritto come Guido Astuti o Giovanni Cassandro¹³ il discontinuo era, al tempo stesso, ciò che si offriva sotto la specie degli assunti interpretativi dispersi (statuizioni, revisioni, tentativi, elaborazioni) e ciò che, attraverso l'analisi, doveva venir delimitato, ridotto, perché potesse apparire la continuità degli assunti. La discontinuità era proprio quella caratteristica della dispersione temporale che lo storico del diritto aveva il compito di espungere dalla storia¹⁴. Quella generazione di storici del diritto mutuava il

¹² Sulle finalità didattiche, formative e sul ruolo professionale v. i contributi raccolti nei volumi collettanei dedicati a *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno – Strumenti, destinatari, prospettive*, Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992 a cura di P. Grossi, Milano 1993; nonché *Scopi e metodi nella storia del diritto e funzione del giurista europeo*, Atti dell'incontro di studio Padova 25-26 novembre 2005 a cura di L. Garofalo, Napoli 2007.

¹³ G. Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, in "Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari", n.s. 9 (1948), pp. 142 ss.; ma vedi anche Id., *Sul problema della continuità storica*, in "Annali di Storia del diritto", 14/17 (1970-73), pp. 89 ss.; Id., *Storia e diritto. Un'indagine metodologica*, in "Rivista di storia del diritto italiano", 29 (1966), pp. 5 ss. Sull'opera di Cassandro v. M. Cardinale, *Cultura crociana e metodologia storica nel pensiero di Bruno Paradisi e di Giovanni Cassandro*, in "Apollinaris", 59 (1986), pp. 671 ss.; D. Maffei, *Giovanni Cassandro storico del diritto*, in "Rivista di storia del diritto italiano", 65 (1992), pp. 5 ss.; da ultimo v. altresì gli interventi commemorativi di A. Campitelli, M. Caravale e V. Crescenzi pubblicati in "Diritto romano attuale", 20 (2008), pp. 97 ss.

Per quanto concerne Astuti, mi limito ad indicare G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino 1967; Id., *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in "Annali di Storia del diritto", 14/17 (1970-73), pp. 1 ss.; Id., *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze 1977, pp. 847 ss. In questi scritti Astuti rifiutava nettamente l'idea secondo la quale il Code Napoléon fosse uno strumento creato dalla classe borghese per la tutela esclusiva delle proprie prerogative; lo studioso criticava negativamente quelle coeve correnti storiografiche che sostenevano la necessità di valutare l'esperienza giuridica in particolare sulla sola base del dato economico in cui questa nasceva e si sviluppava; la censura si appuntava anche sulle pregiudiziali ideologiche, affioranti in Italia proprio agli inizi degli anni Settanta del Novecento, che reputavano l'ordinamento civilistico italiano arretrato, in quanto diretta derivazione dell'impostazione francese, e ne auspicavano pertanto radicali correzioni mediante interpretazioni 'adeguatrici' alle nuove e mutate esigenze, ovvero mediante l'inserimento di nuove norme. Sulla figura e l'opera di Astuti, v. M. Caravale, *Ricordo di Guido Astuti*, in "Quaderni fiorentini", 10 (1981), pp. 531 ss.; C. Ghisalberty, *Guido Astuti storico del diritto*, in "Quaderni catanesi di studi classici e medievali", 3 (1981), pp. 231 ss.; G. Diurni, *Premessa a G. Astuti, Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, I, pp. vii ss.; U. Santarelli, *Historia juris propriissime dicta* (a proposito di G. Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*), in "Quaderni fiorentini", 15 (1986), pp. 637 ss.; da ultimo i riferimenti di G. Cazzetta, *Codice civile e identità nazionale. Percorsi e appunti di storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 16 ss.

¹⁴ Con riferimento al mutamento del sistema del diritto comune rispetto all'avvento delle codificazioni, v. M. Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione: quale discontinuità*, in *Amicitiae Pignus – Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. Di Renzo Villata, G.P. Massetto, I, Milano 2003, pp. 23 ss., il quale, nell'individuare indubbie discontinuità, concentra la riflessione su elementi di 'continuità', e

problema della ‘continuità’ direttamente dalla teoria della storiografia generale, per la quale il cambiamento (ovvero, per restare nel discorso crociano di Cassandro, lo ‘svolgimento’) assumeva valenza nell’indagine dello storico in quanto si poneva in stretta colleganza con tutto ciò che nella tradizione si conservava e si trasmetteva: «lo studio del problema della ‘continuità’ ci ha portato a vedere come lo svolgimento, concetto fondamentale della storia, la porti in sé in un rapporto dialettico. Ma anch’esso vive, come ogni altro concetto o idea storiografica, nell’individuale concreto. Occorre vederlo, cioè, in movimento volta per volta, se non si vuol correre il rischio di trasformarlo in un’astrazione. Sappiamo che la storia è svolgimento, ma compito dello storico è di cogliere questo svolgimento nei problemi concreti che spingono all’indagine»¹⁵.

L’attuale storiografia del pensiero giuridico moderno, invece, strappa la storia giuridica dall’immagine in cui si è per tanto tempo mostrata e in cui trovava la sua giustificazione ontologica¹⁶: quella di una memoria millenaria che cercava l’ausilio di documenti materiali per ritrovare la nitidezza dei suoi ricordi; essa è, infatti, l’impiego e la messa in opera di testi, narrazioni, tecniche, istituti, ognuno dei quali presenta sempre e dovunque, in ogni contesto disciplinare (del diritto civile, pubblico, processuale), delle forme sia spontanee sia organizzate di persistenza¹⁷. Con riferimento al fenomeno delle codificazioni il *testo* del codice non costituisce più una fonte attraverso la quale gli storici del diritto tentano di ricostruire quello che i giuristi hanno fatto o detto, ciò che in un determinato luogo il codice ha statuito in quanto fonte regolamentare e di produzione: essi cercano di definire, proprio all’interno della fibra testuale, dei concetti, dei problemi, delle visuali, dei rapporti. Lo storico del diritto tende infatti, almeno a titolo di ipotesi ricostruttiva, a distinguere i piani possibili dell’analisi, i metodi propri a ciascuno di essi e le periodizzazioni che gli sembrano più appropriate.

Uno degli aspetti essenziali della storiografia giuridica contemporanea è, senza dubbio,

ribadisce il suo punto di vista sul codice, quale “parto moderno del sistema del diritto comune” (v. M. Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione*, in *Et dret comu i Catalunya*, III Simposi Internacional, a cura di A. Iglesia Ferreiros, Barcelona 1993, pp. 71 ss.; ma anche le critiche di P. Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., pp. 55 ss.; Id., *La solitudine dello storico del diritto – Appunti sull’inerenza di una disciplina altra*, presentazione di I. Birocchi, Milano 2009, p. 190, nota 106).

¹⁵ G. Cassandro, *Sul problema della continuità storica*, cit. p. 102.

¹⁶ Severino Caprioli, proprio sulla lettura del codice, ha messo in evidenza come due metafore sono divenute luoghi comuni difficili da rimuovere: quella della continuità e quella della revisione. «La parola continuità dice che stanno fra loro connessi due enti, quali che sono, assunti come definiti, e nega che fra l’uno e l’altro passi differenza, se non questa: l’uno e l’altro sono dati e contigui, o consecutivi. Trasposta nella narrazione di fatti umani, la metafora continuità si piega stabilmente a rappresentare serie di eventi, considerati a loro volta come già definiti nei loro caratteri. (...) La metafora continuità non descrive un *connotato* dell’esperienza giuridica, un carattere che possa risultare presente od assente, quasi una categoria suscettibile di venire predicata o negata secondo le speciali risultanze; ma designa piuttosto un carattere che *denota* l’esperienza giuridica stessa, concernendo la sua struttura – appunto la struttura del diritto come costante dell’esperienza –. (...) Riflettendo con attenzione rinnovata, potremmo forse riconoscere che alcuni dibattiti ricorrenti ed asperissimi sulla continuità cadono nel cerchio della tautologia (e magari dell’insignificanza) ...» (S. Caprioli, *Contributi della stratigrafia*, in “*Ritorno al diritto: i valori della convivenza*”, 3/2006, p. 83; Id., *Codice civile. Strutture e vicende*, Milano 2008).

¹⁷ Sul problema metodologico della ‘continuità’, v. le riflessioni di M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari 2004³, pp. 268 ss. e gli esempi che egli apporta relativamente al profilo formale e contenutistico dell’esperienza giuridica romana, all’apporto originale e creativo (del tutto distaccato dalle tradizioni precedenti) dei giuristi medievali e sull’abusato uso opportunistico del diritto romano.

questa integrazione della 'discontinuità' nel discorso dello storico del diritto¹⁸, in cui non rappresenta più una fatalità che bisogna ridurre, ma un concetto operativo che viene utilizzato. Questo mutamento epistemologico non è stato sempre registrato né ripensato a fondo. Come se, in ciò che gli storici del diritto riscrivono con le loro idee e le loro conoscenze, fosse particolarmente difficile individuare discontinuità, limiti, ordini specifici, autonomie e dipendenze differenziate. Gli storici del diritto sono stati abituati a cercare origini, a risalire all'infinito la linea delle antecedenze, a ricostruire tradizioni, a seguire andamenti evolutivi, a individuare finalità e a ricorrere continuamente ai paradigmi della prassi giuridica, così che poi essi provano difficoltà a pensare alla differenza, a descrivere delle disgregazioni, a dissociare la forma rassicurante dell'identico¹⁹.

Un motivo di fondo è che la 'continuità' della storia giuridica rappresenta l'indispensabile correlato della funzione fondatrice del lavoro del giurista: la garanzia che tutto ciò che gli è sfuggito gli potrà essere reso; la certezza che il tempo non disperderà nulla senza restituirlo in una unità ricomposta. Sotto diverse forme questo tema ha assunto un ruolo costante, a partire dalle ricerche sulla storia del pensiero giuridico moderno²⁰, sull'analisi del linguaggio e della tecnica giuridica, sulle dottrine, le quali hanno ridimensionato il giurista in rapporto alle sue aspettative, alle forme del suo linguaggio, alle regole della sua azione o ai meccanismi dei suoi discorsi programmatici. Allorché è

¹⁸ Sul codice quale momento di discontinuità, v. P. Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in "Quaderni fiorentini", 35 (1986), pp. 83 ss.; Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 140 ss.; per una diversa interpretazione del fenomeno della codificazione, v. U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 111; efficace la ricostruzione del dibattito in R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., pp. 5 ss.; Id., *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002.

¹⁹ Si veda ancora P. Caroni, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit. pp. 263 ss., *passim*; v. p. 267, nota 4, dove afferma che «Proprio perché generalmente il nostro modo di guardare al passato, inconsapevolmente tributario dell'efficientismo moderno, viene catturato solo dall'evidenza, ci interroghiamo raramente sui motivi che spiegano anche ciò che non è divenuto, ossia l'insuccesso, risp. il naufragio, di piani, progetti, programmi, ecc. Il che vale anche in tema di codificazioni ...»

²⁰ Fondamentali gli studi di Paolo Grossi (v. riassuntivamente la sua voce *Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce enciclopedica')*, in "Quaderni fiorentini", 17 (1988), pp. 263 ss.). Per un'autobiografia utile a cogliere l'itinerario scientifico v. P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna 2008 (sul pensiero di Grossi in ordine alla codificazione, v. Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1988); sul pensiero giuridico moderno v. pure I. Birocchi, *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, nel volume collettaneo a cura di I. Birocchi e A. Mattone, *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale di Alghero 2004, Roma 2006, pp. 17 ss.; nonché R. Savelli, *In tema di storia della cultura giuridica moderna: "strade maestre" e "sentieri dimenticati"*, nel volume collettaneo *Scopi e metodi nella storia del diritto e funzione del giurista europeo* (a cura di L. Garofalo), cit., pp. 95 ss. In quest'ultimo autore, le "metafore della stratigrafia" e dei "sentieri dimenticati" lo inducono a specificare che l'evoluzione dei fenomeni giuridici non avviene soltanto sulla base di una 'progressiva' continuità, in quanto «non meno significative e importanti sono le evenienze caratterizzate dalla discontinuità, dalla diversità, dai conflitti, dagli arretramenti» (*op. cit.* p. 97, corsivi miei). Esplicitamente Savelli puntualizza come lo storico «può fare storia della cultura sia indagando concetti, fenomeni, autori che per antonomasia hanno segnato determinate epoche, sia cercando di comprendere ambienti caratterizzati dalla compresenza di indirizzi ideali tra loro anche molto divergenti» (v. *op. cit.* p. 98, ove si afferma come imprescindibile una valutazione che tenga anche conto di coordinate definibili in senso lato geopolitiche, sulla base dell'insegnamento di A. Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 568; Id., la relazione al convegno *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., pp. 103 ss., in cui è ribadito il «degitto pluralismo metodologico nella ricerca scientifica», della inscindibilità della dimensione 'locale', 'cittadina', 'regionale', 'statale', rispetto a quella europea).

apparso chiaro che il giurista stesso, interrogato su ciò che è, non può spiegare la propria mentalità e la propria inclinazione, le forme sistematiche della sua cultura, si è ridata vitalità al tema della discontinuità della storia giuridica: una storia che non è scansione, ma divenire; che non è meccanismo di rapporti, ma dinamismo interno; che non è sistema, ma incessante progetto costruttivo; che non è forma, ma sforzo di una coscienza che ritorna su se stessa e cerca di recuperarsi fino al piano più profondo delle sue condizioni.

1.2. Codificazione e pensiero giuridico

La storiografia giuridica italiana si è concentrata sul problema dei valori e delle ideologie nelle codificazioni e nel pensiero dei giuristi²¹. L'analisi dedicata al disvelamento dei giudizi di valore presenti nei codici, determina un'indagine volta a mettere in luce i modelli di società e gli assunti di campo che si traducono nelle scelte legislative. Parlando di 'codificazioni' ci si riferisce non solo alle norme, ma altresì ai processi di formazione e di applicazione delle norme, al complesso degli organi istituzionali che presiedono a tali processi, in altri termini al sistema giuridico di una data società. Parlando di 'pensiero giuridico' ci si riferisce, innanzitutto, alla produzione scientifica e alle dottrine giuridiche e politiche che riguardano le norme e le istituzioni preposte alla loro formazione e applicazione; in secondo luogo, alle consuetudini e ai processi informali di interazione che si verificano in una data società, in quanto questi processi si presentano in una relazione funzionale con il particolare sistema giuridico nel suo complesso o con determinati sottosistemi del diritto. Si parla in questo senso di 'cultura giuridica'²².

²¹ La storiografia dei movimenti codificatori in Italia, dopo l'entusiasmante avvio degli anni '70 del Novecento, con indagini provenienti non solo da parte di romanisti e di storici del diritto, ma pure da parte di studiosi di diritto positivo e di filosofi del diritto (v. A.M. Princigalli, *La vicenda della codificazione*, in N. Lipari, *Diritto privato – Una ricerca per l'insegnamento*, Bari 1974, pp. 31 ss.; P. Ungari, *Per la storia dell'idea di codice*, in "Quaderni fiorentini", 1 (1972), pp. 207 ss.; D. Corradini, *Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Milano 1971; Id., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970; G. Tarello, *Le ideologie della codificazione*, Genova 1971), ha come subito una fase di fermo, ripresasi tuttavia nella ricorrenza del cinquantenario del Codice civile (v. i volumi *I cinquant'anni del Codice civile (Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992)*, I-II, Milano 1993; *Per i cinquant'anni del Codice civile* (Gennaio-Maggio 1992), a cura di M. Sesta, Milano 1994; *Il Codice civile – Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli (Roma 15-16 dicembre, 1992)*, in *Atti dei convegni Lincei*, 106, Roma 1994). La ricostruzione delle vicende e dell'esperienza della nostra scienza giuridica, a far data dal varo del codice civile del 1865 fino a quello del 1942 e anche oltre, per molto tempo ha rappresentato per gli storici del diritto un compito professionale secondario e di supplenza disciplinare (per il periodo immediatamente precedente v. A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; G. D'Amelio, *Pasquale Stanislao Mancini e l'unificazione legislativa nel 1860-1861*, in "Annali di Storia del diritto", 5-6 (1961-1962), pp. 159 ss.; F. Santoro-Passarelli, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano 1968, II, pp. 1031 ss.; G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successivi*, in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, pp. 735 ss.; P. Ungari, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967). Gli storici del diritto, infatti, hanno mostrato preferenza per lo studio dei problemi giuridici riguardanti il trapasso dal mondo antico a quello medioevale, nonché per il tema della rinnovata utilizzazione del diritto giustiniano in Occidente, a far data dal secolo XI. Solo negli ultimi decenni del Novecento, l'attenzione in Italia per la storia della cultura giuridica moderna si è rinnovata intensamente (v. le considerazioni critiche di R. Ajello, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli 2002).

²² L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 5: "Per «cultura giuridica» può intendersi la somma di più insiemi di sapere e di atteggiamenti: innanzitutto l'insieme delle teorie, delle filosofie e delle dottrine giuridiche elaborate in una determinata fase storica da giuristi e filosofi del diritto;

La struttura e il funzionamento di un dato sistema giuridico, così come la produzione scientifica e culturale ad esso connessa, non si risolvono nei valori e nelle ideologie della codificazione. Ma i valori e le ideologie rappresentano un elemento importante e caratterizzante dell'esperienza giuridica e della cultura del diritto. Tutti gli altri elementi costitutivi (discorsi e argomentazioni dei giuristi, strumenti e organizzazione), che la storiografia giuridica indaga entro il complesso "diritto e cultura giuridica", presentano una relazione più o meno diretta con determinati valori e ideologie e possono venire studiati in relazione a questi. Ed è anche in relazione ad essi, ad esempio, che lo storico del diritto esamina il nesso funzionale tra diritto e società in una determinata epoca, nel nostro caso l'esperienza italiana tra Ottocento e Novecento.

2. Un approccio pionieristico: dottrina e storia delle codificazioni nella filosofia del diritto privato di Gioele Solari

2.1. Filosofia e storia del diritto

In un saggio pubblicato nel 1911, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, il

in secondo luogo il complesso delle ideologie, dei modelli di giustizia e dei modi di pensare intorno al diritto propri degli operatori giuridici di professione, siano essi legislatori o giudici o amministratori; in terzo luogo il senso comune intorno al diritto e ai singoli istituti giuridici diffuso ed operante in una determinata società". Si è ritenuto opportuno qui richiamare la chiara posizione del filosofo del diritto Ferrajoli, in quanto il problema di ogni storiografia del pensiero giuridico e di ogni esame delle singole costruzioni è il carattere ideologicamente orientato di qualsiasi elaborazione e assunto interpretativo. Mentre nell'ambito delle discipline filosofiche, il più delle volte, l'elaborazione speculativa è osservata nella sua immanenza, al di là della corrispondente origine storico-ideologica della storia del pensiero, nell'ambito invece della storia della cultura giuridica, le elaborazioni e le dottrine indagate vengono ricondotte alla connotazione storico-ideologica sottostante, per verificare di volta in volta come sono emerse e intenderne così, sulla scorta del processo complessivo, la loro genesi. L'elaborazione teorica e il problema dell'interpretazione del diritto possono suscitare l'interesse di vari problemi scientifici. Il tratto comune dell'inclinazione filosofica e di quella della storia del pensiero giuridico è rappresentato dalla tendenza prevalente (in questo senso differisce nettamente la posizione di Ferrajoli) a trattare separatamente le elaborazioni speculative e la loro derivazione ideologica ed accademica, ritenendo che l'elaborazione teorica e il processo interpretativo possano costituire l'oggetto di una riflessione puramente immanente. Il discorso non può essere disancorato da opere di vasto impegno speculativo, sui diritti fondamentali (v. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, nel volume a cura di E. Vitale, Roma-Bari 2001, pp. 5 ss.; *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, ivi; *I fondamenti dei diritti fondamentali*, ivi, pp. 277 ss.; *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in "Rivista critica del diritto privato", 1, 2004; *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in "Analisi e diritto", 2002-2003, pp. 331 ss.; *Diritto civile e principio di legalità*, in "Europa e diritto privato", 3, 2005; *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, in "Teoria politica", 1, 2007; *Principia iuris*, 3 voll., Roma-Bari 2007). La differenza di approccio tra i cultori delle discipline filosofiche e quelli della storia del pensiero giuridico si incentra soltanto sul fatto che, nei primi, l'indagine del pensiero è avulsa dai suoi aspetti fondativi e di validità, mentre nei secondi, l'indagine si incarica di ricostruire storicamente l'evoluzione dei concetti, svincolata dagli eventi. In questo contesto deve essere sottolineato il superamento delle suggestioni neokantiane, per le quali cfr. A.E. Cammarata, *Contributi a una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano 1963, pp. 17 ss., imperanti nel periodo fra le due guerre, nonché il ridimensionamento delle prese di posizione crociane, sulle quali v. G. Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", ser. III, 6 (1952-53), pp. 1 ss. e soprattutto A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, pp. 93 ss.; cfr. pure D. Corradini, *Croce e la ragion giuridica borghese*, Bari 1974; per una disamina complessiva delle influenze neokantiane e crociane v. F. Casa, *Sulla giurisprudenza come scienza, I: un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova 2005.

filosofo del diritto Gioele Solari affrontava il problema del rapporto ‘filosofia’ / ‘storia del diritto privato’ e tracciava le linee fondamentali di una storia delle codificazioni moderne²³. Quelle pagine, che restano fra le più significative di Solari, appaiono oggi – ad un secolo di distanza – singolarmente importanti e attuali; per coglierne appieno il valore e la funzione, converrebbe non solo confrontarle con quanto in quegli stessi anni e su quello stesso argomento si andava scrivendo in Italia²⁴, ma riflettere, altresì, sulla presenza in esse di diagnosi e di analisi che da altri furono riprese – in altro contesto disciplinare di ricerca²⁵ – molti anni dopo. Quel libro non è solo una rassegna dei differenti indirizzi e delle varie posizioni assunte dalla giusprivatistica europea, né è solo una serrata discussione di alcune tesi centrali della scuola francese e dello storicismo tedesco. A Solari stava a cuore la determinazione del concetto di storia del pensiero giuridico e il suo sviluppo²⁶: il riconoscimento, cioè, di un suo caratteristico criterio di continuità, di una sua dimensione o piano, relativamente autonomo, di svolgimento.

Nelle idee e nei sistemi giuridici moderni, che appaiono allo storico e filosofo del diritto come una molteplicità contrastante, una successione disordinata, una serialità indifferente, la ragione giuridica è in grado di rintracciare un principio di continuità che corrisponde, nel caso del sapere giuridico, a quell’esigenza teoretica nella quale si esprime il principio di autonomia del lavoro del giurista²⁷. Non è irrilevante, qui, ricordare che tale principio non è per Solari un’entità metafisica, ma un graduale estendersi dell’esperienza giuridica, secondo un sistema di relazioni che tendono a risolvere in sé la parzialità dei rapporti e dei punti di vista pratico-interpretativi che determinano le singole esperienze giuridiche. La creazione di un ordine concettuale volto ad assorbire la totalità dei piani dell’esperienza giuridica è insieme una conquista storica e un’esigenza categoriale continua, che non è, né può essere, assolutamente in atto in nessuna sintesi particolare, che è invece in atto nella molteplicità e nel contrasto delle filosofie del diritto privato, non come un sapere giuridico definito, bensì come una direzione del sapere giuridico stesso. Pretendendo di esprimere l’ordine della ragione giuridica in una sintesi conclusiva, ogni

²³ G. Solari, *L’idea individuale e l’idea sociale nel diritto privato. Parte I. L’idea individuale*, Torino 1911 (ma il libro ebbe un’effettiva circolazione nella ristampa inalterata dal titolo *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Torino 1939. La parte II, completata nel 1915, apparve in Id., *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino 1940. La prima parte è una storia dell’illuminismo giuridico; la seconda, uno studio dello storicismo giuridico, con particolare riferimento alla scuola storica e al suo fondatore, Savigny).

²⁴ La produzione scientifica degli storici del diritto italiano era prevalentemente concentrata sulle vicende dei diritti medievali, ma all’inizio del Novecento si affacciano incursioni sul fronte dell’epoca moderna, come attestano gli scritti di P. Del Giudice (raccolti in *Nuovi studi di storia e diritto*, Milano 1913, pp. 346 ss.) sul Codice Napoleone, su Gabriele Verri e sul progetto di Scialoja in materia di riconoscimento dei figli naturali; in questa direzione v. anche lo scritto di S. Pivano, *Albori costituzionali d’Italia (1796)*, Torino 1913; quello di P.S. Leicht, *L’elaborazione del codice della Veneta Marina Mercantile*, in *Scritti vari*, I, Milano 1948 e quello di F. Ercole, *I contratti agrari nel codice civile parmense*, in “Rivista di diritto civile”, 6 (1914), pp. 494 ss. Sull’episodicità di tale produzione rispetto al contesto medievalistico, v. il giudizio critico-ricostruttivo di E. Cortese, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (Messina-Taormina 3-8 novembre 1981), Milano 1982, pp. 793 ss., il quale ricorda l’attenzione che in quegli anni si sviluppa presso l’Università di Modena, animata pure dalle ricerche storiografiche del filosofo del diritto B. Donati sul codice estense del 1771.

²⁵ Si veda, ad esempio, l’impiego fruttuoso da parte di R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 264 ss. Su Orestano v. *infra* § 7.

²⁶ Si veda G. Solari, *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949.

²⁷ Si veda G. Solari, *La filosofia del diritto come scienza autonoma*, Torino 1914.

sistema giuridico preso in esame non appare meramente razionale, rappresenta piuttosto il punto d'incontro tra l'esigenza della elaborazione teorica e quella pratico-interpretativa di un'unità dell'esperienza e della cultura giuridica. La continuità della tradizione giuridica non è data quindi dal permanere identico di problemi, concetti e valori, ma dal fatto che tali problemi, concetti e valori vengano assunti in funzione di una universale problematica che esprime l'esigenza dell'autonomia del 'giuridico'²⁸.

Nel pensiero dei giuristi e nella loro riflessione sui codici, che non si presenta semplicemente come un corpo sistematico di dottrine che cresce armonicamente secondo un disegno unitario, è quindi presente l'esigenza o la tensione alla validità teorica o interpretativa. Una validità, quella di Solari, che è la negazione del concetto dogmatico di scienza giuridica astratta, che non può mai essere pensata come effettivamente realizzata nella parzialità di una sintesi determinata. Il concetto di 'filosofia del diritto privato' non deriva dunque da una posizione filosofica particolare, in quanto alla sua definizione concorrono diverse posizioni, né costituisce il termine obiettivo del sapere giuridico, ma soltanto la consapevolezza del suo problema. Ogni dottrina giuridica è una determinata sintesi teoretica assunta come valida in funzione di determinati rapporti o problemi giuridici concreti, culturali, dottrinali.

Solari rifiuta, così, in base al suo concetto di scienza giuridica, ogni pretesa di far coincidere la scienza giuridica con una sintesi determinata, ogni affermazione del carattere definitivo ed esaustivo di un sistema giuridico determinato. Ciascuna di queste pretese è per Solari il caratteristico prodotto dello spirito dogmatico astratto e formalistico. Ed è facile intendere come, da questo punto di vista, lo storicismo possa apparirgli correlativo all'indirizzo antidogmatico della sua filosofia. In quella posizione di principio si esprime, infatti, un'esigenza fondamentale: che nessuna posizione dei giuristi possa apparire come obbiettiva, ovvero che nessun piano parziale di rapporti possa essere assunto come assoluto e che il sistema stesso del codice debba essere concepito nel suo continuo processo di sviluppo. Non solo, quindi, rifiuto della assolutezza dottrinale e della definitività delle filosofie giuridiche, ma consapevolezza che il sistema di coordinate mediante il quale opera la ragione giuridica è esso stesso qualcosa che diviene nel tempo. Per questo, uno dei compiti importanti della ricerca giuridica appare a Solari il riconoscimento del processo di evoluzione dei concetti giuridici, dei problemi, delle strutture sistematiche del diritto.

²⁸ Sull'insegnamento di Solari, nell'ambito della cui scuola si formano, Renato Treves, Bruno Leoni, e Norberto Bobbio, v. le testimonianze dirette di R. Treves, *Gioele Solari sociologo e sociologo del diritto*, in Id., *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, Milano 1990, pp. 14 ss. e di N. Bobbio, *L'insegnamento di Gioele Solari*, in Id., *Italia civile*, Firenze 1986 (v. pure N. Bobbio, *Autobiografia*, a cura di A. Papuzzi, Roma-Bari 1997, p. 17 s., ove afferma «La funzione civile di quell'insegnamento stava appunto nel tenere desta l'attenzione dei giovani sui problemi generali dello Stato e del diritto, che erano assai più complessi e profondi di quel che la pubblica ortodossia lasciasse intendere, nell'elevare il problema politico a problema filosofico, e quindi in definitiva a problema di coscienza, nel rendere insomma altamente drammatico quello che nella condotta dei più era diventato un esercizio di comodo conformismo. Lì in quell'aula a pian terreno del vecchio palazzo universitario, dall'alto di quella cattedra che assomigliava a un pulpito, l'autorità, l'obbedienza, il potere non erano dogmi ma problemi, la politica non era un oracolo ma una scienza, lo Stato non era un idolo ma un concetto. Così si celebrava il decoro e la continuità di una tradizione di cultura disinteressata»).

Sull'opera di Solari, dal punto di vista della ricostruzione filosofica, v. S. Armellini, *Gioele Solari. L'idealismo sociale tra scienza e filosofia*, Napoli 1997, nonché E. Díaz, O. Carrero, J. Carreras, *Gioele Solari entra la crisis de la metodología jurídica y la génesis de la ideología social en el derecho*, in "Anuario de filosofía del derecho", 1985, pp. 359 ss; il volume collettaneo *Gioele Solari nella cultura del suo tempo*, Milano 1985.

Non v'è concetto giuridico che possa valere in un senso univocamente e genericamente definito, neppure il concetto della scienza giuridica stessa, considerata nella sua concretezza storica. E questa esperienza che la storiografia filosofico-giuridica ci offre, si riflette visibilmente nel campo sistematico. Infatti, il ricorso ad un qualsiasi concetto giuridico – se vuol essere esente da superficialità – richiede un'analisi storica del suo contenuto e della sua funzione; l'assunzione di qualsiasi problema giuridico implica che noi ne controlliamo storicamente la posizione e il significato.

2.2. Socialismo e diritto privato

Il riconoscimento della storicità del sapere giuridico vale a distruggere, per Solari, il concetto dogmatico della scienza giuridica astratta, ad impedire ogni tentativo di fissazione legalistica dei concetti, a liberare il pensiero giuridico da ogni limite formalistico. Fra il concetto di scienza giuridica e di storicismo esiste un rapporto assai stretto. 'Storicismo' e 'diritto privato' appaiono, da questo punto di vista, implicarsi dialetticamente. Il diritto privato è visto da Solari nella storia e nel tempo, si pone come il risultato di un lungo processo, nel quale lo storico rifiuta, in via di principio, ogni identificazione della scienza giuridica con una verità determinata, ma è disposto a riconoscere la sua stessa relatività, nel senso che vuole che il problema della scienza giuridica continui a porsi come problema e non venga dissolto nell'immediatezza. Per questo lo studioso del diritto privato, per Solari, non può non porsi il problema del criterio metodico di una continuità nella storia, o meglio, di una serie di continuità. Tale criterio consentirà di evitare il pericolo della indistinzione, di operare un riconoscimento di livelli, di illuminare una diversità di piani sui quali si attua e si sviluppa l'esperienza giuridica e la sua cultura. Fra le tesi alle quali ci si è ora richiamati e quelle già svolte da Solari nel saggio inedito del 1906 (scoperto e pubblicato postumo da Paolo Ungari nel 1980²⁹) su *Socialismo e diritto privato*, non appare presente, relativamente a questi problemi di fondo, nessuno scarto teorico. «Un codice – scrive Solari – prima che di norme è un complesso di principi: finché questi non sono maturi e penetrati nella coscienza giuridica generale, finché non sono elaborati e ridotti a sistema unitario e coerente, vana pretesa è proporre la revisione del codice o la formazione di uno nuovo. La codificazione chiude un lungo periodo di elaborazione giuridica, riassume il passato, non anticipa l'avvenire»³⁰.

È necessario richiamarsi alle tesi ora esposte e alle integrazioni ad esse apportate, per intendere la riflessione di Solari sugli sviluppi del socialismo. È naturale che il socialismo non possa apparire a Solari né una filosofia della storia, né una scienza della storia, nel senso di una sociologia di tipo positivistic, che analizzi una serie di rapporti costanti soggiacenti al processo temporale. Solari, infatti, individua e distingue vari 'socialismi': da quello utopistico, che, nello stile di Sombart, definisce "razionale", a quello materialistico, che etichetta come "materialismo storico" (di quest'ultimo indica pure talune varianti degenerative, quali quella di indirizzo economico di Loria). Nel valutare l'influenza del socialismo sull'evoluzione del diritto privato, Solari distingue il socialismo politico – rappresentato dalla legislazione sociale, che lo Stato emana in favore delle classi proletarie – dal socialismo giuridico, propriamente inteso come movimento dottrinario, espressione della coscienza giuridica delle classi lavoratrici³¹. Il socialismo si presenta a Solari come

²⁹ G. Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano 1980.

³⁰ G. Solari, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 115.

³¹ Ivi, p. 239.

punto di incontro della grande tradizione del razionalismo e della decisiva rivoluzione intellettuale rappresentata dal storicismo: esso è in grado di evitare la riduzione ad una interpretazione ideologica. Non solo, il socialismo si definisce per Solari come quel principio metodico che è in grado di unificare, in una considerazione integralmente storica, la molteplicità e varietà dei piani della cultura giuridica sulle quali Solari tenderà a lungo ad insistere. Gli eventi che tendono a sfuggire su piani differenti, secondo l'astrazione di uno dei loro aspetti (politica, diritto, morale, religione) vengono ricondotti dal socialismo alla legge della loro stessa storicità. Su un problema, che sarà largamente discusso in tempi recenti³², Solari si sofferma in particolare: se ogni aspetto dell'esperienza giuridica ha una sua propria e caratteristica temporalità, che acquista un particolare significato in riferimento a ciascuno di questi vari aspetti, allora di storicità si può parlare solo nei riguardi del processo sociale. Un fenomeno può essere considerato storico solo in quanto sociale. Ma naturalmente, anche questo particolare sapere storico non può porsi come un sapere definitivo e assoluto.

2.3. Determinazione dei contenuti del codice

Il problema dell'interpretazione del codice non si esauriva nel confronto tra coloro che sostenevano la chiusura del sistema, e quindi la deduzione tutta per linee interne dei canoni ermeneutici, e coloro che, invece, sostenevano la legittimità del ricorso a dati extragiuridici ricavabili dall'analisi della realtà sociale. Tale notazione assume un significato per certi aspetti emblematico per la comprensione della vicenda e dei suoi nessi con l'intero dibattito giuridico, che continuerà a svolgersi poi anche nei primi decenni del Novecento. Il dibattito, infatti, investiva direttamente la teoria delle fonti di produzione, l'impatto stesso della codificazione sull'attività dei soggetti. Il cuore del dibattito si appuntava, oltre che sulla tecnica di determinazione dei contenuti del codice e dei riferimenti possibili a dati extratestuali, anche sulla stessa idea del diritto, che la cultura giuridica degli ultimi decenni dell'Ottocento intendeva porre a base della propria riflessione. Questo fenomeno appariva riscontrabile, anzitutto, nella teorizzazione esplicita, da parte dei fautori del socialismo giuridico, della necessità di garantire la tutela degli interessi deboli, di quella parte della società che subiva in qualche modo processi di emarginazione.

L'aspetto rilevante di questa riflessione è il riferimento al tema della rappresentanza sociale, che sembra denunciare una sorta di scarto tra la rappresentanza politica (che si esprime nella produzione legislativa e nella sede elettivamente deputata di esercizio della funzione legislativa) e la rappresentanza sociale che si assume fondativa di un intervento sul tessuto normativo, inteso a promuovere risultati di giustizia nei confronti di fasce della società che subiscono profonde diseguaglianze o che vivono ai margini delle grandi concentrazioni di interessi.

La critica all'impianto codicistico esercitava su questo piano un mutamento dell'immagine tradizionale del giurista neutrale, del giurista che in virtù delle sue teoriche, della propria professione scientifica riesce a collocarsi al di sopra e al di fuori dei conflitti; emergeva, viceversa, come, al di là della neutralità, il ruolo dei giuristi avesse finito con l'essere di fatto quello di conservare gli equilibri esistenti nella società, di riprodurre al

³² Si veda il volume collettaneo su *Storia sociale e dimensione giuridica – Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'Incontro di studio – Firenze 26-27 aprile 1985, a cura di P. Grossi, Milano 1986 (ivi v. M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, pp. 127 ss.).

proprio interno la filosofia della conservazione, dell'equilibrio sociale inteso staticamente, come assenza di trasformazione.

In questi termini, la critica riformista è già un tentativo di mettere in discussione la questione della legittimazione della scienza giuridica e della sua funzione legittimante rispetto all'ordine sociale³³. A partire dalla critica dell'impianto codicistico, le operazioni che vengono tentate si muovono in due direzioni che mirano a dissolvere la neutralità del giurista. Mi riferisco al fiorire di riflessioni e di ricerche sui rapporti tra scienza giuridica e scienza economica, tra scienza giuridica e scienza sociale più in generale. Le ricerche sociologiche, che vengono avviate in quegli anni sul sapere giuridico, al di là degli esiti e della qualità delle ricerche medesime, mostrano al fondo l'esigenza di costituire un'unità del sapere sociale, una comunicazione tra i diversi saperi e i diversi specialismi che, in definitiva, spinge a ritrovare nell'unità del sapere stesso (del sapere della società) l'unità di un soggetto della conoscenza.

Come può essere impiegato un sapere sociale nell'analisi giuridica? Soltanto per formulare qualificazioni più corrette sui casi controversi che vengono sottoposti alla decisione del giudice? Per introiettare nella formazione dei giuristi anche quelle contaminazioni che discendono dall'apporto di altri saperi? O piuttosto, al di là di queste possibili funzioni, il riferimento ad un sapere della società unitaria, ad una teoria della società, significa ricerca di un soggetto del sapere capace di esprimere una normatività non riducibile esclusivamente al dettato del codice?

Proprio lo studio storico del diritto determina, in questa prospettiva, la messa in discussione della visione delle categorie giuridiche, come categorie permanenti dell'organizzazione sociale che, in quanto tali, non inducevano il giurista ad indagare sui contenuti pratici e materiali del conflitto e sulla struttura sociale, dentro la quale agisce il conflitto degli interessi. La storicità del diritto moderno, il suo radicamento in processi storici drammatici e ricchi di contraddizioni, portava i giuristi a ridosso del problema del potere moderno, del suo modo di formazione e del suo esercizio.

Qui mi limito a richiamare, oltre alla riflessione di Solari, alcuni lavori che mi appaiono significativi, per la portata e il senso di questa ricerca storica e per la dimensione che assumeva. Per esempio, i lavori di Biagio Brugi sul diritto giurisprudenziale³⁴, che proponevano all'attenzione e alla riflessione dei giuristi il problema di come storicamente

³³ Sul fatto che la questione sociale non pose radicalmente in discussione, fra i giuristi, il concetto di codificazione, ma li impegnò ad affrontare la crisi dell'idea di storicità del codice, v. G. Cazzetta, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 309 ss. Sullo sfondo può leggersi la polemica sul grado di individualismo del diritto romano, sulla quale v. A. Mantello, *Il più perfetto codice civile moderno. A proposito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 62 (1996), spec. pp. 375 ss.; si veda pure Id., *Tematiche possessorie e ideologie romanistiche nell'Ottocento italiano*, nel volume collettaneo *'Recordationes'. Riflessioni ottocentesche in materia possessoria, supplementum a "Studia et Documenta Historiae et Iuris"*, 66 (2000), spec. p. 4 e 74 ss.

³⁴ B. Brugi, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa 1879; Id., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino 1915 e *Nuovi saggi*, Torino 1921. Sulla figura di Brugi v. G. Marino, *Positivismismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli 1986; Id., *Biagio Brugi e il "metodo storico" nella determinazione dei principi del diritto*, in "Index", 16 (1988), pp. 311 ss.; L. Labruna, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, in "Index", 16 (1988), pp. 326 ss.; M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in "Quaderni fiorentini", 30 (2001), pp. 379 ss. (quest'ultimo autore mette in evidenza come Solari avesse segnalato, sia pure in senso critico, il tentativo di Brugi di collegare la romanistica al moderno positivismo filosofico, laddove Solari individua invece un collegamento più diretto con l'hegelismo).

si era venuto sviluppando il dibattito sulla creatività della giurisprudenza e sul rapporto tra i valori e le norme. Penso anche alle ricerche di Pietro Bonfante³⁵, inizialmente avviate sotto forma di indagine di storia giuridica arcaica, dove chiaramente si avvertiva il tentativo di intrecciare la riflessione sulla origine storica degli istituti, e quindi sul loro impasto di interessi materiali e di forze che spingono sotto la crosta dell'ordine sociale, e lo sviluppo di riflessioni critiche sulle esperienze teoriche dei giuristi romani. Penso allo stesso modificarsi dell'asse della ricerca storico-giuridica che progressivamente si distaccava dalla tradizione romanistica, che aveva in gran parte trasformato la storia in dommatica (in una teoria della giustificazione del presente), e si proiettava, invece, immediatamente sullo studio delle istituzioni giuridiche: Bonfante, ad esempio, conduceva la sua riflessione sui rapporti sociali e politici sottesi alla scienza giuridica e al dibattito giuridico dell'Ottocento, avviando una nuova fase della ricerca storica sul diritto.

3. Una 'premessa storica': la voce dell'enciclopedia del diritto di Vincenzo Piano Mortari e gli studi sul formalismo di Raffaele Ajello

3.1. Una forma nuova

Ogni direzione della cultura del diritto comune, che costituisce il sistema di conoscenze e di valori in cui si riconosce un determinato equilibrio dell'età moderna e della storia giuridica, è destinata a frantumarsi non appena la formazione degli stati moderni sprigiona forze ed energie nuove che, nel loro nascere, portano a loro volta nuove esigenze ideali e richiedono un nuovo senso ideale di se stesse, dei loro complessivi rapporti e, in questo ampliamento di prospettiva, della organizzazione giuridica nel suo complesso. Il codice è la forma nuova di approccio ad una situazione di questo tipo. Dove, per forma nuova, non bisogna intendere una escogitazione tecnica o, più ampiamente, operativa, la quale costituisca il mezzo utile per una trasformazione di una situazione in un'altra secondo determinati modelli, ma, piuttosto, il costituirsi di un piano operativo che risente nella maniera più diretta dell'influenza della propria origine pratica, della propria rispondenza al movimento obbiettivo di forze che si agita nella realtà. Così che, la forma in cui l'ordinamento giuridico tende a cristallizzare il proprio processo di idealizzazione dei nuovi bisogni, che nascono dalla crisi del diritto comune, e della storia ultima del diritto moderno, è quella del codice. Si tratta di una forma piuttosto elementare, che vuol fissare i punti di riferimento per un assetto organizzativo del 'giuridico' che corrisponda ad un organico modello di orientamento. Quanto più la situazione del diritto comune è voce di elementi contrastanti, è gravida di conflitti che derivavano dal confronto e dalla contrapposizione di differenti elementi ideali, tanto più quel piano giurisprudenziale svela la propria debolezza, poiché è destinato a presentarsi come un modello troppo condizionato da dispute e disaccordi difficilmente componibili, perché non è facile rinvenire ragioni inequivoche che ne garantiscano il fondamento. Subentra così una nuova forma di organizzazione giuridica e – se si vuol dire – di sistematizzazione della realtà che traduce l'esigenza di regolamentazione dei rapporti

³⁵ P. Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi*, Roma 1888-89, poi con il titolo *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in Id., *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, pp. 1 ss. Sull'importanza di questi lavori nella letteratura romanistica v. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano 1969; Id., *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1994².

giuridici su un piano complessivamente razionalizzato, un piano, cioè, che tenda ad offrire di tutto il possibile quadro della realtà una visione teleologica che stabilisca un orizzonte di valori, i quali assumono una valenza universalmente normativa, divengono il criterio per una selezione degli interessi e costituiscono un punto di riferimento globale per le varie direzioni del comportamento dei soggetti.

A questa prospettiva, estesa in generale al movimento giusnaturalistico europeo del Seicento e del Settecento, dedica un contributo, nel 1960, Vincenzo Piano Mortari, per l'Enciclopedia del diritto³⁶.

La sintesi di Piano Mortari assume, come punto di partenza per la determinazione del compito ricostruttivo, la decadenza del diritto comune, di cui elenca fenomenologicamente i vari tipi di conseguenze. A scrivere la voce 'Codice (premessa storica)' Piano Mortari era giunto attraverso l'immersione che aveva fatto nel sottosuolo culturale e giuridico della Francia del Cinquecento, alla ricerca dei suoi caratteri più tipici³⁷. E da qui maturò la consapevolezza di quel che significhino le ideologie, i miti, le controversie, mediante le quali la storiografia giuridica si colloca, nel segno della retorica, sul piano della verità.

I tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana e la crisi del sistema di diritto comune rappresentano il punto sul quale impostare la ricerca dei precedenti storici dell'avvento del movimento codificatorio in Italia³⁸. Alla radice dello studio sui tentativi di codificazione Piano Mortari indicò alcuni testi, dai quali il suo lavoro aveva tratto ispirazione. Menzionò lo scritto di Astuti³⁹, gli studi di Ghisalberti⁴⁰ e di Aquarone⁴¹. In realtà, se ciascuno di questi libri e saggi ebbe la sua importanza e variamente contribuì alla migliore determinazione delle idee di Piano Mortari sulle tendenze della scienza giuridica del XVII e XVIII secolo, è pur vero che non tutti influirono allo stesso modo, che non tutti ebbero la medesima importanza. Se la lezione di Paradisi è ben riconoscibile nella trama dello scritto, più specifico, ma importante anch'esso, fu l'esempio offerto da autori d'oltralpe⁴², che contribuirono a fare in modo che sempre meglio Piano Mortari si

³⁶ V. Piano Mortari, *Codice (premessa storica)*, in "Enciclopedia del diritto", VII, Milano 1960, pp. 228 ss.; per quanto concerne l'inizio di una rinnovata fase storica nei rapporti tra la legislazione statuale e la tradizione romanistica, v. Id., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962.

³⁷ V. Piano Mortari, *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in "Studia et Documenta Historiae et Iuris", 21 (1955), pp. 276 ss.; Id., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milano 1956. Sul tema l'A. insiste anche negli studi successivi: Id., *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, in "Quaderni fiorentini", 1 (1972), pp. 131 ss., ora in Id., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978.

³⁸ V. Piano Mortari, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", ser. III, 6 (1952-53), pp. 285 ss.

³⁹ G. Astuti, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in *La monarchia piemontese nei sec. XVI-XVIII*, Roma 1951.

⁴⁰ C. Ghisalberti, *La giurisprudenza romana nel pensiero di Melchiorre Delfico*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", serie III, 7 (1954), pp. 423 ss.; Id., *Il diritto romano nel pensiero di un illuminista piemontese*, in "Archivio giuridico Filippo Serafini", 153 (1957), pp. 3 ss.

⁴¹ A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit.. Sull'opera di Aquarone, v. S. Notari, *Alberto Aquarone 'storico del diritto': gli studi sulla politica legislativa italiana tra Restaurazione ed Unità*, in "Clio", 30 (1994), pp. 321 ss.; Id., *Giuristi e ceto di governo nei ducati parmensi. Per la storia del codice civile di Maria Luigia d'Absburgo*, nel volume collettaneo *Ricordo di Alberto Aquarone. Studi di storia*, a cura di R.S. Coppini e R. Neri, Pisa 2008, pp. 71 ss.

⁴² In particolare v. J. Van Kan, *Les efforts de codification en France*, Paris 1929 e H. Cauviere, *L'idée de codification en France*, Paris 1910.

avvedesse di quel che le cose stesse della ricerca gli imponevano.

Sino all'epoca della Rivoluzione francese, osserviamo il persistere in Europa di organismi provinciali autonomi, comunali e feudali, entro i più vasti e compatti ordinamenti statali: e, per conseguenza, osserviamo il persistere, accanto alla legislazione emanata dal potere centrale dello Stato, dei diritti locali, riflesso legislativo di questa non scomparsa e sempre più anacronistica organizzazione politica di carattere particolaristico. «Ora non può meravigliare – prosegue Piano Mortari – che un regime giuridico siffatto fosse in contraddizione con le esigenze e gli ideali politici degli Stati assoluti dell'età moderna»⁴³.

Anche in questo caso il processo di formalizzazione del codice sperimenta le proprie parzialità, poiché all'unificazione ideale dei contenuti normativi fa viceversa riscontro la difficoltà di una loro attuazione: ciò che nell'ordine ideale ha una sua unità, nell'ordine della vita si dimostra di difficile realizzazione, sperimenta le resistenze del movimento della vita e riscontra quindi la propria radicale problematicità. Il quadro delle contraddizioni si riflette ancora una volta nell'orizzonte del pensiero dei giuristi, fisso alle loro esigenze di dare un senso spirituale valido, nella sua universalità, per i sensi opposti che si riscontrano nella realtà. Si sperimenta qui il tentativo più alto e più difficile della riflessione giuridica: quello cioè di fissare un quadro globale della realtà, in cui le disarmonie si compongono secondo la necessità di una legge e di una struttura della realtà stessa, di modo che il processo di regolamentazione degli interessi divenga sistema degli interessi, comprensione delle sue dimensioni, giustificazione e fondazione della loro stessa dinamica, secondo la determinazione di una sua obbiettiva finalità.

3.2. Una forza ideale

La decadenza del diritto comune si presenta a Piano Mortari non come semplice crisi culturale, ma come fatto strutturale, come contraddizione tra le forze che storicamente premono per un assetto nuovo del mondo sociale e forze che, mantenendo la situazione di equilibrio sociale già esistente, sono costrette, tuttavia, ad affrontare l'insorgere dei nuovi problemi. Questa visuale, proprio per la radicalità delle sue componenti metodiche, appare efficace per stimolare una valutazione dell'avvento della codificazione civile, inteso nella sua piena originalità, come una forza ideale che concretamente nasce in un contesto storico e in questo e non in altri ordini di giustificazione storica e politica, trova la sua vitalità e la sua forza.

Affiora, così, il bisogno di cogliere i momenti della prassi e della riflessione teorica nel loro carattere specifico e nei loro imprescindibili legami e la storiografia imbrocca questa direzione, delineando sul piano ontologico i nessi che connettono le determinazioni della realtà giuridica. Ne deriva la tesi, come nel caso di Raffaele Ajello⁴⁴, che la nascita delle idee giuridiche si prospetta come inferenza dell'attività materiale e delle relazioni degli uomini, così che non vi può essere articolazione della prassi giuridica che risulti da un semplice consolidamento o irrigidimento dei movimenti riformatori e non si accompagni a una qualche forma di coscienza⁴⁵. E sotto questo aspetto, Ajello ribadisce che la cultura

⁴³ V. Piano Mortari, *Codice (premessa storica)*, cit., p. 229.

⁴⁴ R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976.

⁴⁵ Ivi, pp. 8 ss. Cfr. pure Id., *Per un'esperienza realistica del diritto, Presentazione* a J.A. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli 1993; Id., *Freggianni e la parabola della monarchia borbonica, Presentazione* a N. Freggianni, *Lettere a B. Corsini (1739-1746)*, a

è espressione delle vicende sociali, strettamente legata alla struttura sociale e della quale rispecchia i contenuti gerarchici (nel qual caso, teoria e prassi starebbero ad indicare piani che giungono a incontrarsi ma non ad integrarsi completamente), che la conoscenza giuridica e il fare del giurista operano simultaneamente e che i momenti dell'esperienza rappresentano anche il frutto della riflessione. Così, ad esempio, il sistema politico-istituzionale del Settecento non è concepibile senza le categorie elaborate dai giuristi; quel diritto allora in vigore rimane oscuro ove non si considerino le indagini dei giuristi. E da qui, anche, l'osservazione di Ajello secondo la quale il sapere giuridico necessita di una filosofia politica che dia il coraggio di produrre una sintesi culturale in grado di dominare il materiale giuridico e, quindi, l'interesse per uno storicismo giuridico che non si esaurisca nel mero esame condotto sulle possibilità e i compiti delle discipline che riguardano il regno degli scopi e dei valori, e cioè per uno storicismo pronto a cogliere i fenomeni del mondo giuridico in un quadro di relazioni mobili. In *Arcana juris* si insiste sul sapere giuridico, che ha il compito di distinguere e non di separare, di comporre le divergenze e non di forzare le distinzioni. Lo spirito dell'epoca pre-codicistica si desume dall'esame delle sue manifestazioni e richiede l'uso d'una ricerca analitica, perché queste manifestazioni non sono spiegabili al di fuori dello spirito dell'epoca e quindi postulano una visione sintetica. In particolare, in quanto la storia giuridica non è se non la storia della società e delle sue istituzioni, degli equilibri che le concedono momentanee tregue e lentamente o repentinamente si deteriorano: il dinamismo che agita gli ordinamenti giuridici è il dinamismo medesimo delle strutture statali; e su queste strutture i giuristi hanno esercitato il loro ruolo, ne hanno tratto il proprio oggetto di riflessione, esplorato la genesi e il significato. Anche nell'Europa continentale, nonostante le *fontes iuris* siano declinate in un catalogo chiuso e in esse non si rinvenga l'*opinio doctorum*, in effetti il diritto è in parte di origine dottrinale, nel senso che scaturisce dagli intendimenti più accreditati che i giuristi prospettano in merito ai singoli istituti. E un'analogia portata creativa ha, inoltre, l'attività della magistratura.

Questa consapevolezza che il diritto si innesta nella dimensione della storicità, costituisce la premessa per analizzare un determinato carattere delle teorie giuspositivistiche che, emblematicamente, secondo Ajello, si condensa nella tendenza al formalismo⁴⁶. Alla sua stregua, lo storico del diritto scopre il giurista sospinto ad elaborare una serie di dogmi e di categorie che si riferiscono all'esperienza giuridica nel suo complesso e ne colgono, con il metodo dell'astrazione, i caratteri permanenti e ripetibili. Nonostante sappia che le statuizioni normative cambiano continuamente in base alla volontà legislativa, questo giurista è indotto a ritenere che le categorie impiegate debbano resistere al tempo, poiché prescindono dai dettami mobili e irrazionali del contenuto e investono la forma costante del diritto. Così, cade il legame che tiene saldo il diritto alla prassi e si rinsalda la convinzione che, per decifrare il significato delle norme, sia sufficiente adoperare i mezzi applicativi prescritti dalle leggi e dai codici. E, conseguentemente, lo stesso giurista torna a richiamarsi alla neutralità, e il suo appello rischia di incorrere nella incauta esaltazione dei valori racchiusi in un determinato

cura di E. del Curatolo, Napoli 1991, p. 17, ove si afferma: «La storia del diritto intesa come lavoro teorico-pratico e lotta per dare un'organizzazione efficiente alla società, viene ad identificarsi, durante tutto l'arco della storia moderna, con la storia dei giuristi come ceto, come forza sociale, e con la storia della loro ideologia».

⁴⁶ R. Ajello, *Arcana juris*, cit., pp. 111 ss. e 275 ss.; Id., *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Napoli 1986; Id., *Formalismo medievale e moderno*, Napoli 1990.

ordinamento.

4. Aspetti «storiografici» del dibattito sulla codificazione e «scientificità» della storia del diritto: il lavoro di Paolo Ungari

4.1. Comprendere le identità

L'affermarsi e il consolidarsi di un autonomo ambito di ricerca e di specifiche metodiche riconducibili al genere degli studi sulla cultura e sul pensiero giuridico moderno, comportano che l'analisi dei sistemi giuridici si inquadri in uno scenario nel quale sempre più si frammentano i processi analogici e differenziali nell'esame comparato delle dottrine, laddove la storiografia giuridica oltrepassa il tradizionale compito delle narrazioni di oggetti (cioè le elaborazioni giuridiche, i codici, gli istituti) considerati nella loro unicità di fenomeni specificamente contrassegnati da una serie di tratti comuni identitari. La conflittualità tra i contesti disciplinari amplia il fronte della crisi (ne diventa anzi una delle maggiori fonti di alimentazione). Il conflitto può addirittura diventare interno ad uno stesso ambito disciplinare. Si pensi, nella prima ipotesi, al conflitto tra i romanisti e i filosofi, nella seconda ipotesi a quello tra i romanisti e gli storici del diritto italiano. Il pluralismo, allora, non tocca soltanto le questioni dell'integrazione tra proposte culturali differenti, ma anche e, principalmente, i problemi che caratterizzano oggi tutte le formazioni complesse, nelle quali i paradigmi culturali appartengono non solo alle radici culturali, ma anche al modo in cui queste radici si mescolano e si intrecciano nei gruppi sociali e nelle varie comunità scientifiche.

Come già aveva osservato Riccardo Orestano⁴⁷ e come più volte ribadivano, ad esempio Alessandro Giuliani⁴⁸ o Giovanni Tarello⁴⁹, la «storia» di un problema entra a far parte costitutiva di una determinata «dottrina» e dipende dalla tradizione storica delle dottrine precedenti, laddove la ricognizione storiografica di questo rapporto è momento irrinunciabile dell'elaborazione teorica. Ma vi è di più: si può agevolmente mostrare come anche nelle elaborazioni formali, frutto di prassi astrattive che tendono a prescindere il più possibile dalla contingenza del concreto e dal decorso temporale (ad es. nelle teorie dell'azione e dell'accertamento giudiziale), si ricorra spesso a «procedure» (nel senso «iterativo» del termine) il cui significato dipende da «ricostruzioni» o «contestualizzazioni», che sono solitamente considerati processi tipici della storiografia. Da parte dei cultori delle discipline giuridiche positive si è quindi riconosciuto che non è più possibile limitarsi alla considerazione del solo dato normativo, trattandosi di una restrizione fuorviante, così che si impone, per l'orientamento stesso di tali discipline, una riconsiderazione della

⁴⁷ R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961²; Id., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit.

⁴⁸ A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957; Id., *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 47 (1970), pp. 376 ss.; Id., *Giustizia e ordine economico*, Milano 1997. Sull'opera di Giuliani v. il volume collettaneo a cura di F. Treggiari, *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, 1999; F. Cerrone, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, nel volume a cura di F. Treggiari, *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII Centenario dell'ateneo*, Roma 2010, pp. 73 ss.; A. de Nitto, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, II, Roma 2010, pp. 211 ss.; da ultimo il volume *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano 2012.

⁴⁹ G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988; Id., *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. Su Tarello v. *infra* § 10.

temporalità e dell'evoluzione intrinseca della realtà storico-giuridica⁵⁰.

Il «senso» del giuridico si pone come problema cruciale, non più solo per individuarne il fine, ma per consentirci di conoscerne l'evoluzione storica. Si pensi, ad esempio, alla riflessione sulla lotta per la codificazione nel risorgimento italiano di Paolo Ungari⁵¹, opera che si colloca in una coerente e articolata prosecuzione di un itinerario storico-giuridico e diventa così frutto di un procedimento costantemente teso a commisurare l'analisi giuridica e politica ad una chiara intenzionalità storiografica. Lo storico fissa le coordinate di una teoria storiografica critica che rifugga da ogni concezione assoluta e totalistica della scienza del diritto e che parta dal riconoscimento di una permanente tensione dialettica in grado di riconoscere nell'esperienza e nello studio dei procedimenti interpretativi dei giuristi italiani e delle scuole del periodo post-risorgimentale, le connessioni dinamiche che non contrappongono, in processi di reciproca subordinazione, strutture logiche e dati empirici, modelli e fondamenti. Il tema dell'analisi dell'idea di codice in Ungari coinvolge tanto l'individuazione e la discussione delle sue matrici 'filosofiche' e delle sue conclusioni speculative, quanto il suo disporsi come tematica complessiva dell'intera epoca moderna (che non ha esaurito ancora tutti i suoi margini diacronici), così che non è possibile limitarne la portata entro settoriali comparti descrittivi, ognuno teso, in maggiore o minore misura, a denunciare labilità di genealogie o infedeltà di dottrine, poiché occorrerà abbracciarne le possibili connessioni in un contesto di 'storia del pensiero giuridico', dove l'elemento della 'giuridicità' viene ad assumere, accanto ad altri, una valenza importante. Come già per Solari, anche per Ungari tra il concetto di scienza giuridica e quello di storicismo esiste un rapporto e un legame stretto e significativo. Ove tuttavia si presenti come puro e semplice rovesciamento della dogmatica giuridica astratta, lo storicismo giuridico può giungere a configurarsi come relativismo o scetticismo: all'idea di un sistema chiuso, alle grandi sintesi dottrinali, all'immagine di una storia politica concepita come svolgimento di un piano

⁵⁰ In riferimento a tale aspetto richiamo questo giudizio di D. Corradini, *Storicismo e politica del diritto*, Bari 1973, p. 53 s.: «... sulla falsariga della distinzione fra *langue* e *parole*, fra la lingua che è patrimonio comune d'una società e la lingua che l'individuo usa e di volta in volta carica di risonanze dissimili, sembra lecito affermare che pure il diritto comporta un aspetto oggettivo e un aspetto soggettivo, in quanto i suoi precetti, mentre da un canto contemplanano un numero non limitato di situazioni eventuali, dall'altro mutano di continuo tramite i contegni degli uomini che li eseguono. E v'è quindi, oltre a una dimensione assiomatica, una dimensione semantica: la prima, che rinvia all'enucleazione di schemi o tipologie e ha il suo culmine nella teoria generale, si snoda prevalentemente sull'asse sincronico e spinge a identificare il diritto con un complesso di meccanismi di regolamentazione che quasi permangono fissi nel tempo; la seconda, che trova il suo fulcro nell'opera ermeneutica, insiste principalmente sull'asse diacronico e richiama l'attenzione sui cambiamenti che il diritto manifesta nel processo della sua attuazione. Ma l'antitesi fra queste due dimensioni non è assoluta, postula la conciliazione: l'astrattezza della norma rifluisce nella concretezza della storicità, e la concretezza della storicità si converte nell'astrattezza della norma. E, di conseguenza, l'indagine assiomatica si rivela da sola insufficiente, e l'indagine semantica si immiserisce nella semplice esegesi letterale dei testi ove non si connetta alla dogmatica e alle sue acquisizioni. L'una è inscindibile dall'altra, come l'astratto è inscindibile dal concreto. E i due momenti del sapere giuridico si intrecciano durevolmente al di fuori di prestabilite gerarchie o inderogabili priorità, pur se in tal modo un tipico paradosso sembra investire la conoscenza: la quale, per elaborare i suoi concetti, deve dedicarsi a un esame dei fatti; e al contempo, per intendere i fatti che rientrano nell'ambito dei concetti, ha bisogno di criteri orientativi formulati in anticipo».

⁵¹ P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit.; di questo lavoro esiste un'edizione ampliata per gli studenti: Id., *L'età del codice civile*, Roma 1993 (si tratta di un elaborato a circolazione limitata ai soli studenti della Facoltà di Scienze Politiche della LUISS per l'anno accademico 1992/93, di cui sono venuto in possesso grazie alla cortese premura di Sandro Notari).

provvidenziale, esso si limita a contrapporre una storia identificata con un'indifferente serialità di accadimenti. Il sapere storico – come ogni altra forma di sapere – reca al suo interno, per Ungari, un elemento di dogmaticità. Quest'ultimo può emergere in primo piano e trasformare il sapere storico in un semplice contrapposto dogmatico di quel pensiero dottrinale contro il quale esso si è levato a combattere. Ciò avviene principalmente quando si affermi che i fenomeni di cultura politica e giuridica debbano essere oggetto del solo sapere storico; quando si rifiuti, di conseguenza, ogni senso e validità ad una considerazione dei piani parziali e astratti di interrelazione (come ad esempio quello della filosofia e della sociologia); quando si ritenga di poter esaurire il significato di una determinata corrente giuridica o di una determinata forma del sapere giuridico nella considerazione del suo valore in rapporto al mondo di cultura da cui è sorta, quando si interpretino cioè le varie posizioni politiche e culturali solo come risposte a situazioni determinate. Ungari, invece, fa valere nella scienza giuridica e nell'esame dei tentativi codificatori la presenza, in esse, di valori e di significati che, pur innestandosi nella realtà storica, ne trascendono la immediatezza.

La razionalità, l'analisi e il controllo delle cose, queste erano le armi di cui lo storico del diritto poteva disporre. Servirsene significava, per altro, entrare in quello che un filosofo chiamerebbe il dramma della molteplicità; e per riuscire a dominarlo, intendendone il senso, le armi dovevano essere temprate mentre il dramma era in atto, e chi avesse cercato di trascenderlo doveva in primo luogo accettare la regola della sua pericolosa complessità. Stava del resto in questo la ragione profonda del fascino degli scritti di Paolo Ungari, tutti, anche i più elaborati e compiuti⁵², segnati da consapevole provvisorietà. Un fascino che aveva altresì la sua radice nell'instancabile ricerca dei particolari, dei quali ben sapeva come fosse difficile esaurire in una formula, fosse pure la più aperta e la meno dogmatica, la ricchezza. Da questa consapevolezza traeva origine il suo tenace rifiuto dell'ideologia che, invece di risolversi, assoggettasse a sé la ricerca. E può ben intendersi che così dovesse essere per lui, che la storiografia concepiva come intelligenza delle cose, non come controversia a favore di questo o di quello. Ma altresì concerneva la filosofia giuridica, nel cui segno (e si trattava di un segno non superficiale, ma profondo) aveva cominciato la sua esperienza di studioso.

4.2. Codice e Costituzione

Paolo Ungari ha il merito di aver avviato, in seno alla storia del diritto moderno, una riflessione inedita sui conflitti ideali delle scuole giuridiche italiane post-risorgimentali, animate da un pensiero civile ordinatore del nuovo Stato e comunque inclini a concepire una legislazione unitaria nazionale. Il codice civile del 1865 non gli appare, quindi, quale l'esito finale di un processo culturale di razionalizzazione formale, ma il culmine di una lotta dura, tesa a proiettare le varie componenti del paese verso un accettabile *standard* europeo di civiltà giuridico-sociale. Da questo punto di vista Ungari individua e argomenta tre aspetti significativi: 1) il legame del tema della codificazione civile con la storia costituzionale; 2) l'analogia tra il movimento dei codici dell'ottocento e la tendenza contemporanea verso la pianificazione; 3) il rapporto problematico codice – ideologia.

Nel ricondurre il processo per la codificazione moderna ad un'ottica di storia costituzionale, Ungari osservava che già agli inizi della vicenda codificatoria, e cioè nel

⁵² Si allude a P. Ungari, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma 1974 e Id., *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni «giacobine» al Codice civile del 1942*, Bologna 1970.

periodo compreso tra il XVI e il XVIII secolo, le varie idee di far rifluire tutto il diritto, pubblico e privato, in un unico corpo normativo, apparivano come spinte da una specifica contraddittorietà interna, partecipe, da un lato, della volontà di stabilire una statalizzazione del diritto civile e, dall'altro, di assicurare un corpo stabile di leggi immune dai "capricciosamente variabili atteggiamenti del potere". Tale situazione – annotava Ungari – è invero il referente concreto su cui possono prendere forma, nelle menti e nel voto comune, nuovi edifici normativi – i codici – ai quali si continuò a guardare, indipendentemente da questioni di regime politico, come a carte che offrirono una certa garanzia della libertà civile, quasi che *octroyées* dai vecchi poteri alla comunità governata e soprattutto al Terzo Stato⁵³.

La storia dell'idea di codice si estende fino dunque all'avvento delle costituzioni politiche scritte, che sembrano completare i codici per ciò che riguarda l'ideale programmatico, oltre che per il diretto rapporto con il regime costituzionale dell'ordinamento giudiziario. Proprio in questo rapporto viene individuata la genesi della concezione del codice civile quale fonte di produzione sovraordinata, rispetto alla restante legislazione ordinaria, nonostante che questa fosse di pari grado formale nella gerarchia delle fonti di produzione del diritto, con la conseguente implicazione di un limite di costituzionalità materiale alla revisione delle leggi civili. Ungari ricorderà a questo proposito il pensiero di Santi Romano, sui fondamenti costituzionali del diritto privato, sostenendo anche da questo versante un motivo di continuità con le visuali illuministiche e risorgimentali: il rapporto fra codici e idea di Stato, in ogni caso, appare tra le vie obbligate di una considerazione non formalistica della storia costituzionale, non più impoverita di un suo essenziale profilo⁵⁴.

Tale rilevante aspetto della vicenda costituzionale non costituisce per lo storico del diritto l'approdo ad una nuova dimensione, bensì il recupero di un suo remoto retaggio, che può essere propriamente indagato solo problematizzando a fondo l'idoneità dell'impiego ai fini storiografici del mutevole concetto di costituzione: ad Ungari sembrava utile riferire la posizione dei codici al versante della "materia costituzionale", piuttosto che a quello della "costituzione materiale".

La lotta per il diritto privato moderno trae la propria logica nella aspirazione a stabilire che tale modello acquisisca il riconoscimento di forza di legge universalmente obbligatoria, in grado di limitare entro stretti ambiti circoscritti la forza della consuetudine e del diritto spontaneo. Per questa via la riflessione si sofferma sul discorso del codificatore, sul progetto di messa in ordine dell'esistente, e su quello del pianificatore, sulla intenzione attiva di modellare la società, cogliendone il loro reciproco e analogo ambito operativo, a cavaliere tra il limite della programmazione economica e quello delle forme della convivenza civile. A partire dai primi tentativi di codificazione moderna, infatti, il legislatore si scopre intento a valutare l'impatto potenziale di determinate norme del codice sulle categorie produttive e sui bisogni sociali. Gli istituti proprietari disciplinati dal codice si rivelano collocati nell'ambito di un sistema unitario pubblicistico, che tende a stabilire nei suoi postulati i limiti all'esercizio dei diritti dei privati, in vista di un corretto funzionamento del mercato. Ungari individua in questa caratterizzazione dell'equilibrio economico l'influenza del pensiero di Romagnosi, riportando il discorso nell'ambito del filone del diritto dell'economia e rifiutando collegamenti semplicistici ad astratte forme di giusnaturalismo; lo storico ricorda pure la pianificazione contenuta nelle *Loix Civiles* di

⁵³ P. Ungari, *Per la storia dell'idea di codice*, cit. p. 209.

⁵⁴ Ivi, p. 213.

Domat, «che mentre rappresentano nell'ultimo Seicento francese una affermazione dell'autonomia di un sistema privatistico arditamente anticipatrice del futuro, appariranno due secoli dopo ai giuristi *la préface du Code Napoléon*»⁵⁵.

Si annoda a questi rilievi l'avversione di Savigny per la codificazione civile e quella di Fremery e di Haller per la codificazione commerciale, almeno sotto il profilo polemico dell'intrusione da parte del potere pubblico nella sfera della libertà negoziale dei privati. La codificazione appare come la risultante del processo di progressiva affermazione della legge generale sul regime dei *privilegia* e ciò proprio in relazione all'espandersi dei compiti pubblici di direzione della società. Nell'età formativa dei codici l'idea di sistema non è la nostra aspirazione di unitarietà e coerenza logico-costruttiva dei principi, ma rappresenta un problema di concezione dei valori giuridici, di come ridisegnare la gerarchia dei principi, allorché si abbatte la diseguaglianza nella capacità di diritto patrimoniale, familiare e successoria tipica del regime feudale e corporativo.

Il problema si profilava, quindi, come sforzo per assegnare alla ricerca sul diritto moderno un posto e una dignità accanto e congiuntamente ad altre tematiche sul periodo di diritto intermedio di consolidata riflessione. Gli ostacoli che sembravano opporsi a che la ricerca sulla storia delle codificazioni definisse la sua autonomia non conseguivano tanto al fatto che essa fosse in particolare orientata verso l'osservazione e l'esplorazione empirica, quanto al fatto che essa dovesse compiere molteplici sforzi per riflettere sulle fondamentali ragioni ispiratrici del suo orientamento, in modo da acquistare precisa consapevolezza della portata che assumevano le scelte che essa compiva, i procedimenti di cui si avvaleva, i risultati che si prefiggeva; sforzi che, solo se affrontati direttamente, potevano consentirle di superare l'acquiescenza positivista ai fatti e di aprirsi alla prospettiva di una soddisfacente fondazione teoretica.

Ungari è consapevole della necessità da parte dello storico di definire il rapporto tra l'oggetto o il campo di indagine, da un lato, e i criteri di comprensione e di interpretazione, dall'altro, per stabilire in che modo gli elementi e gli aspetti dell'esperienza dei codici trovavano in corrispondenti forme concettuali la definizione del loro significato e della loro portata, e in che modo le forme concettuali si costituivano, si precisavano, si organizzavano, ed eventualmente si modificavano e si rinnovavano, in relazione a quegli elementi e aspetti. Si avverte una necessità di sintesi ricostruttiva per procedere nell'opera di comprensione, di esplicazione e di ordinamento delle molteplici manifestazioni e dei complessi aspetti dell'esperienza dei codici, poiché la ricerca non avrebbe potuto soddisfare quella necessità finché i dati, a cui si rivolgeva, fossero stati considerati nella loro estrinseca e statica consistenza, anche quando di essi si fosse rilevata la specifica problematicità.

5. Codificazione e unificazione giuridica: il lavoro di Carlo Ghisalberti

5.1. Codice e Stato

L'assunto che il codice civile abbia costituito un momento significativo nel procedimento di formazione dello Stato moderno è alla base dell'impostazione storiografica di Carlo Ghisalberti, il quale fissa il tema della codificazione come un momento essenziale nelle vicende del Risorgimento italiano. Lo storico indaga e ricostruisce le origini dei codici e le vicende dei vari stati pre-unitari, problematizzando il

⁵⁵ Ivi, p. 218.

rapporto tra l'unificazione nazionale e l'unificazione giuridica, sul presupposto che l'aspirazione ad un'unità nazionale e statale non avrebbe potuto concepirsi come avulsa da un'unità giuridica. Tale unità, di fatto, sarebbe stata già anticipata in Italia attraverso l'applicazione del codice civile napoleonico, prefigurandosi come il presupposto per la regolamentazione uniforme dei rapporti sociali di diritto privato. Per questo autore, quindi, la codificazione civile non solo rappresenta il fattore di superamento del particolarismo giuridico proprio dell'antico regime, ma un prodotto di civiltà nuova (di qui l'identificazione dell'idea di codice con l'idea di progresso) che avrebbe determinato il raggiungimento dell'obiettivo di una effettiva unificazione giuridica, obiettivo che la Restaurazione non avrebbe più abbandonato nella disciplina della realtà sociale e istituzionale.

Il codice civile è così istituzione, forma e strumento di produzione giuridica intorno al quale si annodano tutti i problemi del giuspositivismo del diritto privato e dello Stato⁵⁶. Con l'avvento dei grandi Stati nazionali europei si incrina correlativamente la concezione del *ius commune*. Parlare della codificazione e delle sue vicende storiche e teoriche significa in un certo senso, affrontare da un angolo visuale specifico la vicenda di quella particolare formazione politica e giuridica che è lo Stato nazionale moderno. Le varie ed eterogenee matrici – giusnaturalistiche, giuspositivistiche e idealistiche – che hanno alimentato il dibattito della codificazione mettono in rilievo il fatto che come categoria filosofico-giuridica il codice è una costruzione di matrice giuspositivistica che è servita di base al paradigma statale del diritto privato moderno. Tale categoria ha sempre assunto una connotazione di idealtipo assolutistico, pur nel mutare delle immagini dello Stato cui ogni volta si è conseguentemente accompagnata. Così la storia dell'idea di codice è la storia della progressiva limitazione e dissoluzione – parallelamente al formarsi degli Stati nazionali – del diritto giurisprudenziale proprio del modello romano-medievale⁵⁷.

Partiamo, dunque, da quelle che crediamo essere le due intersecantesi strutture significative che sorreggono la ricerca di Ghisalberti. Da un lato, la complessa trama di analisi delle idee politico-giuridiche in alcune delle maggiori correnti del Settecento e dell'Ottocento, dall'altro, l'adeguamento dei contenuti specifici delle idee analizzate a precisi riferimenti conoscitivi. La storia del diritto italiano moderno deve essere ricostruita partendo dall'assunto della necessità di collegare le vicende del Settecento con quelle dell'Ottocento, al fine di dare il giusto rilievo ai nessi ideologici e teorici che, così come per l'esperienza francese, si rivelano significativi, sia dal punto di vista della presa in esame delle fonti di produzione del diritto (codice e costituzione), sia da quello dell'esame delle varie forme di ordinamento, sia da ultimo da quello dell'analisi delle sue istituzioni. Come già per Guido Astuti⁵⁸, anche a Ghisalberti non appare possibile isolare la prospettiva interpretativa dell'Ottocento dal profilo dell'epoca precedente. Nel secolo

⁵⁶ C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Roma-Bari 1985.

⁵⁷ Sulla crisi del sistema di diritto comune v. V. Piano Mortari, *Codice (premessa storica)*, cit.; nonché per quanto concerne l'inizio di una rinnovata fase storica nei rapporti tra la legislazione statale e la tradizione romanistica Id., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, cit.; v. pure G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 92 ss. Per quanto riguarda il problema della critica al diritto romano avanzata dagli illuministi in Italia, v. C. Ghisalberti, *La giurisprudenza romana nel pensiero di Melchiorre Delfico*, cit., pp. 423 ss.; Id., *Il diritto romano nel pensiero di un illuminista piemontese*, cit., pp. 3 ss.; C. Pecorella, *Studi sul Settecento giuridico*, I, L.A. Muratori e i Difetti della giurisprudenza, Milano 1964; E. Pattaro, *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano 1974; R. Bonini, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991.

⁵⁸ G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, cit.

dell'Illuminismo avviene, infatti, la consacrazione di quella coscienza civile, che è alla base della nascita di una nuova mentalità riformatrice. Lo Stato settecentesco, con i suoi problemi normativi, di amministrazione, di struttura è il precedente diretto dello Stato che nascerà con la Rivoluzione francese e l'avvento dell'età napoleonica.

Il discorso non può prescindere da un preciso ancoraggio ad un retroterra teorico che si esplicita, innanzitutto, nella convinta adesione ad una determinata concezione della storia del diritto e ad una altrettanto determinata teoria della storiografia giuridica.

È sufficiente qualche osservazione su questo punto sicuramente centrale nella riflessione di Ghisalberti: codice e Stato non sono due entità autonome, ma due ordini di fenomeni, inscindibilmente connessi. Il filo conduttore di molte opere di questo studioso sta proprio nella convinzione di questa connessione e nello sforzo di impiegarla intenzionalmente come chiave di lettura della storia (vicende e sviluppo) del diritto moderno. «Positività del sistema normativo, completezza dell'ordinamento giuridico e rigidità nell'interpretazione e nell'applicazione della legge – scrive Ghisalberti⁵⁹ nel ricostruire le vicende della codificazione italiana – erano i corollari essenziali di quest'opera di statizzazione ed insieme di nazionalizzazione del diritto che non ammetteva più alternative, né lasciava spazio alcuno all'estrinsecarsi di ideologie normative riecheggianti tematiche antiche, perché legate ad una visione dello Stato e del potere ormai superata e fondate su valori adesso cancellati. E nell'unità tra diritto statale e legge nazionale, acquisita con la codificazione, si modellava anche l'idea di quella unificazione giuridica italiana da realizzarsi seguendo le linee di svolgimento dell'ordinamento francese, dell'ordinamento, cioè, che offrendo all'Italia la propria codificazione, aveva dato al Paese il più elevato prodotto della cultura e della civiltà giuridica dell'età moderna».

5.2. Il senso dell'unità

Ghisalberti esalta la tradizione della scienza giuridica francese post-rivoluzionaria, per avere questa creduto nella semplificazione della produzione giuridica offerta dalla codificazione. Il problema non è di superare o rifiutare la giuridicità del codice e dello Stato, ma di rinnovarla, fermando quel processo di disfacimento della concezione giuridica dello Stato e di invecchiamento del codice che era già cominciato alla fine dell'Ottocento e continuerà in seguito.

Due fattori sono, per lui, alla base di tale processo di disfacimento. Anzitutto il disseccamento e la devitalizzazione della concezione dello Stato operata da estremismi formalistici: dimensione entro la quale i giuristi giungono a negare in astratto il rapporto tra diritto e politica, il quale è invece la concreta e positiva ragion d'essere della stessa negazione (come Ghisalberti stesso non manca di evidenziare in più punti della sua produzione scientifica⁶⁰). In secondo luogo, l'attacco esterno alla concezione dello Stato da parte delle istanze pluralistiche (economiche, politiche, sociali, *etc.*) tendenti ad incrinare il monopolio dello Stato e a mettere in crisi non solo l'ordine politico di esso,

⁵⁹ C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, cit., p. 5.

⁶⁰ Compilate e riuscite sintesi dell'impostazione storiografica si rinvencono in C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, cit. e Id., *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari 1979; ma vedi anche i saggi raccolti nel volume *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano 1972; Id., *Modelli costituzionali e Stato risorgimentale*, Roma 1972; Id., *Dall'antico regime al 1948*, Bari 1974; Id., *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Bari 1974; Id., *Istituzioni e Risorgimento*, Firenze 1991.

ma in particolare l'ordine giuridico in cui l'istanza politica si era adagiata e plasmata: è chiaro che negando il momento politico o scartando la politica dallo Stato, la costruzione di questo resta debole e fragile.

Non solo, dunque, in Ghisalberti codice e Stato sono elementi di unità, ma questa unità si esprime e si realizza soprattutto nello Stato: è lo Stato il terreno di cultura del nesso diritto-codice. Non che Ghisalberti non sia consapevole della criticità della forma Stato e non si renda conto che questa criticità, via via che la storia si svolge ed egli procede nell'indagine di essa, è grave e progrediente. Ancora negli ultimi suoi studi, egli ha chiara la 'storicità' della forma Stato, ma la sostanza del suo pensiero è che diritto e politica sono fenomeni che riguardano solo lo Stato e si risolvono compiutamente in esso⁶¹.

Ghisalberti non intende allora riaffermare la classica concezione giuridica dello Stato, ma solo combattere la sua degenerazione e la sua impotenza. Ciò che gli sembra possa esser fatto, riproponendo con vigore il rapporto diritto / Stato, è rivitalizzare la concezione giuridica del codice mediante una sottolineatura dell'elemento di unificazione nazionale.

La conoscenza della storia giuridica non consiste nella rassegna di istituti o problemi giuridici, ma nell'indagine sul principio che li produce e li unifica, nella scoperta dell'unità che dà senso alla molteplicità dei problemi, alla varietà degli istituti, così intesi come realtà vivente. Qui è, senza dubbio, possibile risentire l'evidente eco di una lezione criticamente maturata nell'impianto complessivo della ricerca di Ghisalberti e che tocca non soltanto il motivarsi di una scelta preferenziale nei confronti di una peculiare dimensione dello storicismo giuridico, ma coinvolge anche un determinato modo di concepire lo stesso nesso tra storia e diritto. Si pensi, per fare un solo esempio, alla ricostruzione operata da Ghisalberti dell'impostazione di Pellegrino Rossi sul fondamento del costituzionalismo francese, allorché nel suo corso parigino di diritto costituzionale esprimeva l'esigenza di collocare la ricerca giuridica nell'ambito di un'intenzione storica, riqualificando, così, insieme, il compito dello storico e quello del giurista.

In tal modo, la fondazione "costituzionale" delle istituzioni politiche in Pellegrino Rossi, nel momento in cui poggia su elementi teorici definiti – si pensi alla dialettica documento / forma⁶² – si carica di una densità speculativa che mostra forze ed energie tali da costituirsi a modello di settori non secondari della storia sette-ottocentesca della scienza giuridica⁶³.

Le conseguenze si ripercuotono sui risultati stessi della ricerca. Cogliere la dimensione del codice e il sistema elaborato dalla scienza giuridica nella loro realtà storica specifica significa evidenziare le ragioni interne della loro modificazione: l'analisi storiografica appare, cioè, idonea ad individuare le stratificazioni dell'organizzazione giuridica, i legami interni che intercorrono tra le diverse modalità funzionali a un certo tipo di organizzazione del processo economico-sociale; a riconoscere le forze dinamiche, le ragioni che hanno condotto al consolidamento di quella sistemica e le ragioni che avrebbero condotto alla sua necessaria trasformazione.

⁶¹ C. Ghisalberti, *La storiografia giuridica alle soglie del duemila*, nel volume collettaneo *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo – Un bilancio*, a cura di B. Montanari, Milano 1998; ma v. anche Id., *La storiografia italiana degli ultimi vent'anni*, a cura di L. De Rosa, Bari 1989, II, pp. 447 ss.

⁶² C. Ghisalberti, *Pellegrino Rossi e il costituzionalismo della Monarchia di luglio*, in *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, cit., p. 170.

⁶³ Ivi, p. 165.

Ghisalberti ritiene che le posizioni savigniane non abbiano avuto una penetrazione profonda in Italia e tale impostazione appare caratterizzata da alcuni rilevanti elementi di ambiguità teoretica che non possono non incidere sulle risultanze analitico-interpretative⁶⁴. Alla base dell'impostazione storicistica di autori come Ghisalberti resta, infatti, l'assunto – solidamente legalistico – della radicale continuità dei concetti giuridici con la tradizione che li aveva generati e tramandati. Su questa base passa in secondo piano l'esigenza di una delucidazione storica delle categorie via via in uso, la aspirazione ad un metodo di critica delle fonti, che esamini l'impiego di termini giuridicamente rilevanti e analizzi le forme cariche di contenuti sociali e giuridici.

6. La qualificazione dogmatica codicistica a base romanistica: Salvatore Di Marzo e Roberto Bonini

6.1. Storicità e dogmatica giuridica

Da una critica generale degli indirizzi di ricerca predetti, possiamo enucleare una prima rilevante acquisizione per il nostro discorso, la quale attiene all'esigenza di storicizzare le concezioni dogmatiche che caratterizzano il patrimonio culturale del giurista⁶⁵. La conoscenza storica delle idee giuridiche e dei particolari assunti interpretativi richiede di essere contestualizzata entro le partizioni disciplinari della giurisprudenza, al fine di valutarci come, attraverso l'elaborazione dogmatica, i giuristi inquadrano e risolvono la realtà sulla quale operano. Da questo punto di vista, con riferimento all'esperienza del diritto privato e delle codificazioni, la storia della dogmatica giuridica è la storia della scienza giuridica nel suo complesso, delle sue particolari vicende disciplinari ed accademiche, delle polemiche sulle modalità di sistematizzazione dei concetti.

L'elaborazione teorica della 'romano-civilistica' italiana è, allora, una fonte importante per indagare il legame tra il metodo dei giuristi e la sua applicazione in concreto. Nella varietà di prospettive che differenziano le opere civilistiche più significative tra Ottocento e Novecento, è possibile individuare un punto di vista comune che consente una visione sintetica dei motivi speculativi che, profondamente radicati in alcune dottrine giuridiche

⁶⁴ Sono singolarmente distanti giudizi come quelli di B. Paradisi, d'una influenza «parziale e non molto profonda» della scuola storica sulla storiografia giuridica italiana (cfr. *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946* (1946-47), in *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, pp. 105 s., giudizio rinnovato da C. Ghisalberti, *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia*, cit., pp. 202 ss. e 219), e di R. Orestano, nel senso invece di un rapido accoglimento, penetrazione profonda e largo dominio (cfr. *Sociologia e studio storico del diritto* (1956), in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, pp. 161 ss.). Si veda comunque il giudizio netto di B. Brugi, *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Saggi*, Torino 1915, p. 20. Per la scuola storica, da molti lati, riferimento obbligato e, con diversi esiti, ascoltato, nei vari ambienti preunitari che promuovono e realizzano il codice civile del 1865, v. P. Ungari, *L'età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, cit., pp. 27, 70, 76 s., 93, 119. Documentazioni puntuali sono in F. Ranieri, *Savigny Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in "Jus Commune", 1979, pp. 192 ss.; D. Maffei e K.W. Nörr, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in "Zeitschrift der SavignyStiftung. Romanistische Abteilung", 1980, pp. 181 ss., e con particolare riguardo al dibattito italiano sulla codificazione, F. Ranieri, *Savigny e il dibattito italiano sulla codificazione nell'età del Risorgimento*, in "Quaderni fiorentini", 9 (1980), pp. 351 ss.; L. Moscati, *Italianische Rasse. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma 2000.

⁶⁵ Si veda quanto affermano P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano 2002; Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.; G. Alpa, *La cultura delle regole*, cit.; U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit.; A. Belfiore, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979.

tedesche, vengono dai civilisti italiani accettati e sviluppati in accordo con la propria inclinazione culturale. I motivi suddetti si compendiano nell'accentuazione dell'atteggiamento dogmatico; e la multilaterale interpretabilità del termine "dogmatico" impedisce di definirlo con univocità rigorosa, benché la ricchezza dei significati, che dovremo meglio precisare, sia densa di implicite suggestioni. Anche nel più spinto tecnicismo riaffiorano motivi storicistici, come è rappresentato dalla polemica sulla validità dello studio del diritto romano. Di fronte alla trasposizione pandettistica dei metodi e dei risultati della scienza giuridica, si ha, agli inizi del Novecento, il rinnovato sorgere dell'esigenza critica, dell'appello alla continua apertura problematica sulla forma e sugli istituti configurati nel codice e sulla possibilità della sua interpretazione adeguatrice, senza l'ansia di una sistematica unilaterale e immobilizzante. Così si viene ad affermare la concretezza storica della problematica dell'interpretazione del codice, di fronte all'astrattezza della sistematica. Attraverso gli influssi dello storicismo, molte dottrine giuridiche italiane fanno proprio questo nuovo concetto. La propensione per la costruzione sistematizzante si accompagna spesso con la fiducia nel mezzo logico di ricerca, con la svalutazione della norma del codice, come astratta e legalistica di fronte alla novità del dato giurisprudenziale e al pulsare tumultuoso di nuovi bisogni sociali. Una ricerca in tal senso è instaurata, del resto, non solo da quelle dottrine che pongono il massimo valore nelle indagini sulle origini degli istituti e nella genesi delle forme della realtà giuridica⁶⁶, ma anche dalle dottrine che vedono la scienza giuridica orientarsi verso una comprensione strutturale della realtà.

Se è vero che il ruolo svolto dalla dottrina e dalla elaborazione giurisprudenziale nell'interpretazione del diritto, riveste un'incidenza diretta sull'organizzazione e lo sviluppo sociale del sistema (con non trascurabili risvolti di ordine politico ed economico), si pone, allora, il problema dei "limiti" all'elaborazione interpretativa: limiti che, da una parte, possono essere intesi come ossequio a taluni canoni ermeneutici convenzionalmente prestabiliti in sede interpretativa, ma che, per altro verso (e più incisivamente), assumono il valore di parametro negativo delle applicazioni proposte o adottate, se non in quanto compatibili con il sistema delle fonti riconosciute dall'ordinamento.

6.2. Il passato è storia

La vicenda successiva al varo del codice del 1942, pure nella sua caratteristica dinamicità, diventa chiaramente visibile: il metro di valutazione e di attribuzione di valore non si presenta più come una realtà fissa e stabile, ancorata saldamente alla tradizione romanistica, ma diviene afferrabile in quanto mutamento di valutazione e attribuzione di valore, verificabile all'interno dell'esperienza di una nuova generazione di giuristi. Questa visibilità del nuovo processo culturale è associata, comunque, ad una crescente e sempre più profonda sensibilità per la cultura giuridica del passato e, più tardi, alla conoscenza storico-giuridica, che continua a portare frutti nello storicismo tutt'oggi perdurante tra i giuristi. Se, nonostante l'avvento delle codificazioni, il processo di crisi del diritto romano è così profondo da far sì che, come era sotto gli occhi di tutti, nessuna delle singole forze culturali fosse immediatamente in grado di stabilizzarsi come centro di organizzazione

⁶⁶ Sintomatica l'opera di E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino 1919 (Milano 1955²); Id., *Il concetto dell'obbligazione dal punto di vista dell'azione* (1920), riprodotto in *Teoria generale delle obbligazioni*, II. *Struttura generale delle obbligazioni*, Milano 1953.

dell'esperienza giuridica, il retaggio della cultura giuridica romanistica in generale è comunque da intendersi, per i giuristi, come il significato più alto, considerato sia come una forza astratta e sovra-temporale, sia nel suo sorgere e mutare. La soluzione codicistica, sviluppandosi da una coscienza storica e sovra-temporale, cerca in qualche modo di giustificare la cultura romanistica come un fine in sé. Da questa stabilizzazione sovra-temporale della stessa cultura del diritto romano, una linea diretta porta alla formulazione odierna di questo pensiero nel problema dei valori. I valori culturali sovra-temporali proclamati dal codice si presuppongono auto-legittimantisi.

La soluzione "codicistica" è legata alla coscienza di una sovra-temporalità e, in virtù di tale coscienza, sanziona il concetto di cultura romanistica come quello ultimo. Successivamente, presa coscienza da parte dei giuristi che il diritto romano è affidato ad una esclusiva dimensione storiografica, è la dimensione storica, e non quella sovra-temporale, a rappresentare il sostrato dell'esperienza giuridica. È il cambiamento stesso, e non l'identico che permane dentro il cambiamento, ad essere considerato come valore in sé. Nell'esperienza giurisprudenziale, data la sua dinamicità, il passato è vissuto in quanto storia. La nuova generazione di civilisti, della seconda metà del Novecento, inizia con il cogliere come storico, niente più che una certa fase del passato, nella sua pienezza di cultura e di valore. Cerca poi di trasportare nel presente tale struttura, diventata trasparente nella sua storicità, e di farne l'elemento determinante di una nuova impostazione. In questo tentativo, tuttavia, il dato giurisprudenziale contiene al suo interno tutti i presupposti della propria criticità. In quanto riconosce il passato come qualcosa di storico, il dato giurisprudenziale deve anche cogliere ciò che non è contemporaneo. Ad una coscienza cui il senso della storia non sia ancora dischiuso, e che guardi alle passate forme di vita nello stesso modo con cui guarda alle presenti, non importa molto vedere tali forme come delle forze ancora attuali. Ma per una coscienza che abbia già fatto esperienza della storicità del passato, e che coglie tutti gli elementi attuali proiettandoli nelle forme di un mondo sepolto, deve costituire una contraddizione insolubile considerare queste ultime come forze del presente. L'accentuazione di valore ultima non cade su di un concetto sovra-temporale di cultura giuridica, ma sul mutamento storico stesso – anch'esso sovra-temporale – della cultura.

6.3. Un salto generazionale

Questo collegamento ci permette di accennare al grado di attenzione in Italia per il tema della qualificazione dogmatica codicistica a base romanistica, che potremmo ritenere un aspetto non sempre direttamente indagato da parte dei giuristi positivi⁶⁷.

Il libro di Salvatore Di Marzo sulle radici romanistiche del codice civile italiano del 1942⁶⁸ è rimasto un tentativo isolato nel suo genere di analisi delle origini delle partizioni

⁶⁷ Si veda, però, A. La Torre, *Diritto civile e codificazione – Il rapporto obbligatorio*, Milano 2006, *passim*, in particolare pp. 9 ss., 63 ss.; nonché il denso saggio di M. Valentino, *Romanistica e codice civile – Spunti per l'analisi di uno storico «connubium»*, in "Labeo", 41 (1995), pp. 181 ss. Nell'ambito della dottrina romanistica la prospettiva è portata avanti da S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999 (ristampa accresciuta), il quale indaga in particolare il profilo della trasfusione del diritto romano nei codici latinoamericani, individuandone i tratti di specifica derivazione e quelli di autonoma indipendenza (v. *Ivi*, pp. 31 ss.; pp. 119 ss. e pp. 175 ss.).

⁶⁸ S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino 1950. È importante ricordare come Di Marzo abbia saputo precorrere i tempi prevedendo, con lungimiranza, che l'indirizzo allora prevalente degli studi romanistici, accentuatamente critico, interpolazionistico in specie, «non poteva restare fine a se stesso:

sistematiche del materiale giuridico contenuto nel codice civile, che l'autore presentava come sublimazione della dogmatica romanistica. Di Marzo partiva dal presupposto che rispetto alla codificazione civile del 1865, quella del 1942 presentasse una migliore aderenza alla tradizione romana, a parte i luoghi in cui il codice abbandonava soluzioni non più proponibili per le mutate esigenze della prassi giuridica moderna⁶⁹. Nelle successive indagini svolte da Roberto Bonini⁷⁰, il quale abbandona l'approccio ad uno scavo filologico globale delle norme del codice, questo tentativo si caratterizza maggiormente sotto il profilo ideologico: il sistema del diritto privato elaborato dalla Pandettistica è fatto proprio dai romanisti italiani e rifluisce nella concezione del codice civile del 1942. Quest'ultimo autore sottolinea, in particolare, l'importante presenza di romanisti, quali Pietro Bonfante, Filippo Vassalli, Emilio Betti, Roberto de Ruggiero, nella commissione per la stesura del codice civile e il loro ruolo determinante.

Intorno a queste prese di posizione si delinea la situazione dei giuristi italiani: a fronte della "parentesi fascista", Di Marzo e poi, a distanza di un trentennio, Bonini, esprimevano un generale consenso dell'intero ceto dei giuristi, se non sulle singole definizioni e sistemazioni, sul loro retroterra culturale: l'ordinamento privatistico a caratterizzazione romanistica, come in definitiva rivolto alla salvaguardia delle libertà del singolo all'interno della società; si sostiene, dunque, nonostante il mutamento sociale e politico intercorso, la sostanziale adeguatezza, anche per il presente, delle categorie dogmatiche indagate, a cominciare dal diritto soggettivo⁷¹. Qui, l'indagine storiografica svolge una finalità 'agiografica' rispetto allo stesso ruolo svolto dal metodo giuridico. Si può obiettivamente riscontrare che nel ripercorrere le vicende della scienza giuridica e della codificazione italiana tra Ottocento e Novecento, non mancarono fattori di disgregazione della tradizione romanistica (si pensi al movimento del socialismo giuridico e al dibattito sulla legislazione speciale), i quali tuttavia non si affermarono immediatamente.

esso costituiva una fase necessaria, cui altre e nuove sintesi sarebbero seguite» [v. S. Di Marzo, *Sulla odierna tendenza degli studi romanistici* (prolusione cagliaritano del 1902), in "IVRA", 6 (1955), pp. 1 ss.]; su Di Marzo e la romanistica palermitana v. *infra* nota 72.

⁶⁹ Soluzioni che l'autore definiva semplicemente quali "soprastrutture" (S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del Codice civile*, cit., p. 4). Il romanista aveva cura di presentare le soluzioni del diritto romano classico più come rispondenti alle caratteristiche giurisprudenziali, piuttosto che dal lato scientifico: «Bisogna per altro intendersi meglio nell'attribuire agli scritti dei giuristi romani carattere di trattazioni scientifiche. Tale carattere essi rivelano in grado eminente, se si ha riguardo al ruolo in cui fissano, coordinano ed applicano le norme proprie di ogni istituto, ma in quanto rifuggono così dal risalire a formulazioni astratte come dall'espore le funzioni pratiche delle varie figure giuridiche, il tono della codificazione predomina non di rado su quello di esposizione scientifica» (*Ivi*, p. 5 s.).

⁷⁰ R. Bonini, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna 1974, II, 1975.

⁷¹ Sul tema v. R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in "Jus", 11 (1960), pp. 149 ss., ora in Id., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna 1978, pp. 113 ss.; mostra consapevolezza delle contraddizioni del sistema dogmatico tradizionale, fondato sullo schema dei quattro concetti fondamentali di "soggetto giuridico", "oggetto giuridico", "fatto giuridico" e "diritto soggettivo", in cui si articola la teoria della "causalità giuridica", C. Maiorca, *Teoria delle vicende giuridiche (critica del concetto)*, Estratto dal "Novissimo Digesto Italiano", XX, Torino 1975, voce *Vicende giuridiche*. Sulla storia del concetto di diritto soggettivo v. M. Villey, *Les origines de la notion de droit subjectif (Leçon d'histoire de la philosophie du droit)*, Paris 1962, pp. 221 ss. In ordine al dibattito conseguente cfr. M. Comporti, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in "Rivista di diritto civile", 16 (1970), I, pp. 435 ss. Sulla problematica è tornato di recente E. Stolfi, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in "Studi senesi", 118 (2006), pp. 120 ss.; Id., *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., pp. 139 ss.

Il salto generazionale che intercorre tra Di Marzo e Bonini, due autori che qui vengono presi in considerazione unicamente per questa loro diretta tematizzazione della base romanistica della codificazione civile italiana del 1942, è netto se consideriamo che Di Marzo – legato per certi versi a Salvatore Riccobono⁷² – è ancora succube della necessità di una fondazione della scientificità del diritto romano, in senso critico-unificante, metodologicamente disciplinante, che deve continuare a mantenere una stretta aderenza all’esperienza pratica, al problema della prassi nelle sue diverse forme, nello sforzo di rinvenire il fondamento comune e il collegamento. In Di Marzo resta il senso dell’unità dell’esperienza, percepito sempre a partire dall’articolazione delle singole unità di categorie o istituti giuridici, che non è dettato soltanto dall’individuazione di fecondi germi del robusto tronco romanistico, nè soltanto da una ricostruzione storiografica della tradizione del diritto comune che vede nella Scuola storica uno degli essenziali momenti di transizione da quella tradizione; è dettato anche, e in modo non trascurabile, dallo specifico contributo offerto dalla romanistica alla delineazione di un autonomo sistema di costruzioni e metodi, a partire dai quali, sempre più, si sviluppa l’ausilio di esplicazione dei livelli conoscitivi dell’esperienza giuridica antica (ma anche di quelli teoretici per un rinnovato senso della ricerca giuridica nel suo rapporto con i singoli settori disciplinari) e, in particolare, della possibilità, che con questa si realizza, di impiegare strumenti di comprensione delle manifestazioni della storicità insite in ogni espressione dell’attività giuridica.

Il sostrato romanistico della cultura civilistica italiana riemerge ancora dal rimpianto, forse di rado confessato, della maturità pandettistica e della capacità unificante di quel pensiero, e dalla perciò insopprimibile esigenza di superarlo. La conquista irrinunciabile di una civilistica autonoma nelle sue pretese gnoseologiche, riposa nell’insegnamento di Vittorio Scialoja e nella sua professata unità didattica di storia giuridica e teoria del diritto⁷³. Nella “crisi” della cultura romanistica, il rischio che il giurista ha di perdersi in

⁷² Per un affresco efficace sulla romanistica palermitana, sulla scuola di Riccobono e su Di Marzo, v. l’estemporaneo saggio di M. Talamanca, *Matteo Marrone nella tradizione della scuola romanistica siciliana*, in “Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano”, 47-48 (2000-2001), pp. 703 ss. Di Marzo si era avviato agli studi giuridici nella ‘bottega’ di Vittorio Emanuele Orlando, secondo quanto è attestato in V.E. Orlando, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1939 e anche in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1940, p. 41; nonché più diffusamente in Id., *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in S. Romano, *Scritti minori*, I, Milano 1950, p. VII s.; sulla presenza di Di Marzo nello studio di V.E. Orlando v. A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009, p. 74 e p. 160. Su Di Marzo v. altresì, R. Orestano, *Salvatore Di Marzo*, in “Studia et Documenta Historiae et Iuris”, 20 (1954), pp. 521 ss., ora in Id., *Diritto – Incontri e scontri*, cit., pp. 667 ss.; C. Sanfilippo, in “IVRA”, 6 (1955), p. 532 s.; v. anche la breve voce (non firmata) ‘Di Marzo Salvatore’, nel “Novissimo Digesto Italiano”, 5 (1960), p. 643 e quella di P. Marottoli, in “Dizionario biografico degli italiani” (Istituto Treccani, Roma), 40 (1991), pp. 94 ss. Sui rapporti di Di Marzo con il fascismo v. C. Cascione, *Romanisti e fascismo*, nel volume collettaneo *Diritto romano e regimi totalitari nel ’900 europeo, Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento 2009, pp. 21 e s.

⁷³ Sul ruolo e l’influenza di Vittorio Scialoja cfr. M. Talamanca, *Un secolo di “Bullettino”*, in “Bullettino dell’Istituto di diritto romano”, 91 (1988), in particolare pp. CIV ss.; G. Cianferotti, *Germanesimo e università in Italia alla fine dell’800. Il caso di Camerino*, in “Studi senesi”, 100 (1988), pp. 327 ss.; Id., *L’università di Siena e la “vertenza Scialoja”*. *Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell’Ottocento*, in “Studi senesi”, supplemento a 100 (1988), pp. 725 ss. Nella significativa destinazione di Pietro Bonfante sulla cattedra di Storia del diritto romano, di Filippo Vassalli e di Roberto de Ruggiero alle cattedre privatistiche, di Oreste Ranelletti al Diritto amministrativo e di Giuseppe Chiovenda alla Procedura civile, l’adesione di Scialoja alla circolarità diritto-storia del diritto si configura certo come un

quella unità è grande. La riflessione sul proprio lavoro, troppo giustamente invocata da Emilio Betti⁷⁴, nel momento stesso in cui si ribella alla cecità e al tecnicismo, e per

elemento decisivo e determinante. Su queste tematiche v. M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica moderna'. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino 2007, *passim*; da ultimo, v. M. Brutti, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in "Bullettino dell'Istituto di diritto romano", IV ser., 1 (2011), pp. 13 ss.; N. Irti, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, ivi, pp. 89 ss.; A. Carratta, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, ivi, pp. 103 ss.

⁷⁴ Nel dibattito giuridico contemporaneo il nome di Emilio Betti appare indissolubilmente legato al progetto della *Teoria generale dell'interpretazione*, una delle più rilevanti imprese dottrinali portate a compimento negli anni cinquanta del Novecento. È nel complessivo impianto di questa imponente teoria ermeneutica che trova compiuta articolazione la proposta di una nuova e complessa forma di indagine teorico-interpretativa, concepita quale fondamentale strumento di approfondimento delle dinamiche intellettuali e materiali dell'ermeneutica (nel cui ambito si inserisce l'ermeneutica giuridica). Qualsiasi investigazione deve necessariamente tematizzare le affermazioni e le auto-interpretazioni di un determinato contesto come peculiare luogo di produzione e manifestazione del movimento storico. Molto è stato scritto sul complesso apparato metodologico e categoriale posto a base di questa proposta teorica, in particolare sull'impegnativo modello concettuale che ne costituisce l'intelaiatura portante – un forte impianto analitico che nel corso degli anni si è imposto come punto di riferimento fondamentale nell'ambiente giuridico e filosofico-giuridico. Peraltro, è possibile evidenziare come la *Teoria generale* nella sua programmatica definitività, abbia rappresentato anche il punto di partenza per un ulteriore percorso di approfondimento teorico destinato ad impegnare le generazioni future. Ad alimentare questo ininterrotto processo di problematizzazione teorica e metodologica, ha senza dubbio contribuito il confronto con le diverse interpretazioni dell'ermeneutica giuridica, nel frattempo sorte nel ricco e diversificato settore della scienza giuridica contemporanea. Di particolare rilevanza, in tale contesto, appare il dialogo a distanza con i sostenitori di quell'approccio valoriale reso noto dalle enunciazioni programmatiche della cosiddetta scuola costituzionalistica del diritto civile. Nella sua stessa interpretazione del metodo storico-giuridico, il riferimento alla dimensione costituzionale ha assunto, nel tempo, un peso man mano crescente, sino a lasciare intravedere la possibilità di un approccio diversificato, ma coordinato all'analisi delle fonti – cioè una alleanza tra storia delle categorie giuridiche e storia delle interpretazioni giuridiche [v. da ultimo A.A. Cervati, *L'insegnamento di Emilio Betti e il diritto costituzionale*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, pp. 75 ss.]. Senza categorie sovraordinate e senza categorie integrative o accessorie, nessuna categoria può essere analizzata. Esse rimandano necessariamente a più grandi unità testuali, senza per questo confondere il loro *status*. Il passaggio alla cosiddetta analisi del discorso giuridico viene dunque da sé. Le categorie giuridiche sono contenute in schemi concettuali; si tratta solo di decifrare a quale livello di profondità le fonti debbano essere investigate.

Oltre alla rilevanza del tema dell'ermeneutica per la cultura giuridica contemporanea, si assiste negli ultimi anni ad un rinnovato interesse per l'ermeneutica come chiave di lettura del pensiero di Betti nel suo significato complessivo. Tale approccio ha comportato anche una più equilibrata considerazione dell'opera bettiana, meno vincolata alla centralità attribuita tradizionalmente alla *Teoria generale dell'interpretazione* e più attenta al contributo di altri scritti finora meno dibattuti. Cfr. la raccolta di scritti bettiani curata da G. Crifò: E. Betti, *Diritto metodo ermeneutica*, Milano 1991. Per un primo approccio sull'opera bettiana, cfr. P. de Francisci, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", sez. III, 5 (1951), pp. 1 ss.; L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, pp. 163 ss.; F. Wieacker, *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione (il pensiero filosofico-giuridico di E. Betti)*, in "Rivista di diritto civile", 16 (1970), pp. 301 ss.; A. Plachy, *La teoria dell'interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Milano 1974; i saggi su *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in "Quaderni fiorentini", 7 (1978); G. Mura, saggio introduttivo a E. Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma 1987; T. Griffero, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, con prefazione di F. Moiso, Torino 1988; N. Irti, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano 1991; il volume collettaneo su *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. Rizzo, Napoli 1991 e quello su *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. Frosini e F. Riccobono, Milano 1994; C. Danani, *La questione dell'oggettività nell'ermeneutica di Emilio Betti*, Milano 1998 e il volume collettaneo su *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, a cura di A. Nasi e F. Zanchini, Milano 1999; A. Escher Di Stefano, *Benedetto Croce e Emilio Betti – Due figure emblematiche del panorama filosofico*

conservarsi pensante si rifugia, individualmente, nella “filosofia”, per cogliervi una connessione significativa dei concetti giuridici, fatalmente entra in contatto diretto con quella “crisi”; vi si immerge appieno e rischia di riaffiorare inappagata. L’insoddisfatta coscienza non può non esprimersi anche nel dubbio sulla direzione del proprio scavo intellettuale, perché per il giurista non tecnicamente filosofo, affrontare l’impatto distinto della filosofia implica una difficoltà traumatica di orientamento, trascina lungo sentieri che si diramano, così che bisogna seguirli imprevedibili, oppure brutalmente troncarsi.

Nell’impostazione di Bonini l’ultrattività del diritto romano è concepita in una dimensione diversa, propriamente storiografica. Le classificazioni e le definizioni del codice, gli istituti, dipendono da punti di vista e da preoccupazioni politiche o ideologiche, delle varie tendenze dei giuristi che hanno partecipato alla stesura del codice. In questo senso si può rintracciare la permanenza di una cultura romanistica. Questo tentativo storiografico si prospettava come il solo fondamento di una qualche sicurezza per elaborare una storia critica del codice: tale esame sembrava imporsi per definire, con concretezza di riferimenti descrittivi, la peculiarità dei procedimenti di lavoro e degli obiettivi propri dei giuristi. Ciò tornava indispensabile anche per individuare quale fosse di volta in volta, la capacità di impiego del prodotto storiografico (impiego che si riflette, in maniera per più aspetti determinante, ma non esclusiva, sulle finalità che lo storico del diritto viene man mano prefiggendosi). Bonini ricorre ad una continuità contenutistica che consente di far leva sull’impianto del codice vigente, poiché la conoscenza storica del pensiero giuridico si ripropone (ricostruendone a ritroso la tradizione) di svolgere un’ esplorazione aperta di esperienze difformi, spesso non concluse, ambigue, pregnanti di alternative poi non percorse, interrotte, le quali tutte si rispecchiano non già in un limbo immaginario, né in una zona del sapere che sia neutra, svuotata di ogni memoria, ma all’opposto, in un confronto mediato, in una comparazione contestuale, in una interrogazione reciproca che fa perno attorno a qualcosa di comune, rispetto alla quale definisce e giustifica la propria differenza.

7. Storicità del metodo giuridico ed estensibilità del campo di applicazione della storia del diritto: Riccardo Orestano e Pietro Rescigno

7.1. Relatività dei concetti

Le inclinazioni culturali e accademiche dei giuristi e le loro vicende specifiche,

italiano, Catania 1997, pp. 161 ss.; F. Ricci, *Parola, verità, diritto – Sulla teoria dell’interpretazione di Emilio Betti*, Napoli 2006; T. Gazzolo, *Betti politico*, in “Politica del diritto”, 42 (2011), pp. 153 ss.

Per quel che riguarda gli esiti della riflessione ermeneutica nel pensiero giuridico contemporaneo, cfr. i saggi raccolti nel volume collettaneo *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell’interpretazione di Emilio Betti cinquant’anni dopo*, a cura di G. Crifò, supplemento a «Studi Romani. Rivista trimestrale dell’Istituto Nazionale di Studi Romani», 2010; F. Viola, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in *La controversia ermeneutica*, a cura di G. Nicolai, Milano 1989; G. Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova 1990; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio su J. Esser*, Milano 1984; P. Nerhot, *Il diritto, lo scritto, il senso*, Ferrara 1992; nonché il volume, a cura dello stesso, *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht – Boston – London 1990; T. Griffero, *Ermeneutica e canonicità dei testi*, “Rivista di estetica” (1985), pp. 93 ss.; J. Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, trad. it. Napoli 1983; A. Giuliani, *Dialogo e interpretazione nell’esperienza giuridica*, in *Interpretazione e dialogo*. Atti del IV Colloquio sull’interpretazione (Macerata 29-30 marzo 1982), a cura di G. Galli, Torino 1983, pp. 23 ss.

mettono in evidenza gli equilibri stabili e complessi delle diverse scuole, le tendenze che giungono al culmine e mutano direzione dopo continuità durevoli. Passando dalla storia degli istituti e dei problemi giuridici alla ricostruzione dei contesti disciplinari, oppure alla formazione del pensiero di un autore, si sono moltiplicati i piani dell'analisi: ciascuno comporta una sua delimitazione caratteristica e a mano a mano che si tenta di approfondire l'indagine dei contesti metodologici ed epistemologici, le scansioni si fanno sempre più ampie. Dietro alla contrastata vicenda delle forme di stato, dell'istituzione dei codici, dell'affermazione di specifici modelli nell'organizzazione degli ordinamenti, si disegnano delle storie quasi immobili allo sguardo: la teorica dei fatti giuridici, le situazioni giuridiche proprietarie, le forme negoziali, l'azione processuale *etc.* I problemi dell'analisi tradizionale (quale legame stabilire tra i vari istituti? Come fissare tra loro un nesso necessario? Qual è la continuità che passa attraverso di loro e il significato che finiscono per assumere nel loro complesso? Si può definire nell'analisi storiografico-giuridica una totalità, oppure ci si deve limitare a ricostituire delle concatenazioni?) vengono ormai sostituiti da domande di tipo diverso: quali implicazioni occorre isolare le une dalle altre? Quali visuali privilegiare? Quale sistema di relazione (gerarchia, subordinazione, determinazione univoca, causalità circolare) si può descrivere tra di loro⁷⁵?

La riflessione sul positivismo giuridico come insieme di valori e inclinazioni filosofico-giuridiche di fondo, ha comportato una revisione critica importante sia del metodo, sia dell'approccio teorico all'interpretazione del diritto. È dato osservare come il discorso giuridico sia suffragato da ricerche finalizzate ad indagare l'effettivo modo di argomentare e di interpretare dei giuristi; a fronte del rifiuto delle rigidità dello scientismo e del positivismo (in special modo con riferimento all'assunzione di criteri precostituiti e rigidi di razionalità) si pone l'apertura alla storia.

Dietro alle grandi continuità del pensiero giuridico, dietro alle robuste e omogenee manifestazioni di uno spirito o di una mentalità, dietro alla persistenza di un indirizzo, di una forma, ora si cerca di mettere in rilievo l'incidenza delle crisi e dei momenti di svolta. Crisi e momenti di svolta che hanno natura molto diversa. *Trasferimenti e slittamenti* dei concetti: già le analisi del romanista Riccardo Orestano⁷⁶ possono servire da modelli; dimostrano come la storia di un concetto giuridico non sia solo quella del suo progressivo affinarsi, della sua continuamente crescente razionalità, ma quella dei suoi diversi campi di costituzione e di validità, quella delle sue successive regole d'uso, dei molteplici ambienti teorici in cui si è condotta e conclusa la sua elaborazione: cosicché l'approntamento di un

⁷⁵ Sul punto v. M. Nardoza, *Continuità o discontinuità dei valori e delle ideologie della codificazione? Note sul dibattito storico giuridico in Italia*, in *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, a cura di M. Ascheri, Torino 2008, pp. 295 ss.

⁷⁶ Sull'opera di Orestano v. F. Riccobono, *I concetti e la storia. Brevi note sul pensiero di Riccardo Orestano*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli 2007, VII, pp. 4763 ss.; A. Mantello, *Nota di lettura*, in R. Orestano, *Scritti*, Napoli 1998, pp. XV ss.; P. Grossi, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di R. Orestano)*, in "Quaderni fiorentini", 17 (1988), pp. 533 ss., ora in Id., *Nobiltà del diritto*, Milano 2008, pp. 81 ss.; Id., *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in "Quaderni fiorentini", 39 (2010), pp. 919 ss.; P. Rescigno, *Sullo studio storico del diritto privato (rileggendo l'Introduzione di Riccardo Orestano)*, in "Rivista di diritto civile", I, 1988, pp. 13 ss.; M. Brutti, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in "Quaderni fiorentini", 8 (1979), pp. 317 ss.; Id., *Antiformalismo e storia del diritto – Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in "Quaderni fiorentini", 18 (1989), pp. 675 ss.; F.M. D'Ippolito, *Riflessioni sull'«Introduzione» di Orestano*, in "Labeo", 1989, ora in Id., *Maestri d'Europa*, Napoli 1999, pp. 37 ss. Con riferimento al dibattito metodologico sull'impiego della dottrina giuridica moderna nella ricostruzione dell'esperienza antica e sulla relatività delle categorie giuridiche v. M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dottrina' moderna*, cit., pp. 12 ss. e pp. 111 ss.

metodo, l'opera di un giurista, i suoi stessi tentativi di elaborazione teorica, non hanno la stessa incidenza, e non possono essere descritti allo stesso modo all'uno e all'altro livello; è una storia diversa quella che si troverà raccontata nell'uno o nell'altro⁷⁷.

Il codice e lo Stato moderno appaiono come grandi immagini alla base di costruzioni giuridiche dogmatiche che non si risolvono in un mero fatto tecnico e che, per la loro forza espressiva, caratterizzano un'intera epoca, specie se quest'ultima (il Novecento) appare attraversata da tensioni, anche violente, che non consentono la delineazione di uno sviluppo della scienza ordinato, meramente tecnico⁷⁸. È in questo complessivo impianto che trova definita articolazione la proposta di una forma di indagine storico-concettuale, pensata come approfondimento delle dinamiche intellettuali e materiali del mutamento storico-giuridico. L'indagine storica non può rinunciare a tematizzare le affermazioni e le auto-interpretazioni di una determinata cultura come occasione per la manifestazione e la produzione dell'esperienza giuridica in atto.

7.2. Il problema della storicità

È possibile individuare nell'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* due intersecantesi strutture significative che sorreggono l'opera: da un lato, l'elaborata trama di analisi delle idee giuridiche in alcune delle maggiori correnti culturali dell'Otto-Novecento; dall'altro, l'adeguamento dei contenuti specifici delle idee analizzate a precisi riferimenti teorici e gnoseologici⁷⁹. Vi è un'incessante comparazione tra le immagini del

⁷⁷I metodi della storiografia giuridica allargano il loro campo di applicazione e lo estendono al di là dell'ambito proprio della storia del diritto. A tale ultimo riguardo è ben nota l'esitazione di Riccardo Orestano a riconoscere la storicità della scienza giuridica anche in questo senso "esterno", che comprende solo la validità del dato esteriore come assoluto, costringendo il giurista a un estenuante e continuo accertamento di questo dato. Proprio nella scia di Orestano, e anzi facendo leva sul fatto che da questo stesso autore erano state individuate le appropriazioni, le reinterpretazioni continue, i "trasferimenti", gli "slittamenti" da una teoria ad un'altra – come ad es. per il problema del diritto soggettivo o dell'azione o delle persone giuridiche (cfr. R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978) – in una vicenda dell'oggetto giuridico non più a-temporale, Giovanni Tarello ribadiva che la scienza giuridica non è un aggregato di teorie "chiuse", ma un corpo articolato di teorie "aperte", l'una in comunicazione con l'altra, così che esso è caratterizzato da una sua storicità interna (poco importa poi se, facendo una questione puramente nominalistica, si pretenda di chiamare "scienza giuridica" soltanto gli esiti di volta in volta considerati al di fuori di questa vicenda storica e "pensiero giuridico" l'evoluzione delle varie teorie): cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. Per le implicazioni di quanto argomentato nel testo v. M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna*, cit.

⁷⁸M. Fioravanti, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della Costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo Juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, cit., p. 183; Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, due tomi, Milano 2001.

⁷⁹Su questo importante aspetto della speculazione orestaniana, preconizzata almeno a partire dalla sua prolusione genovese del 1950 (cfr. R. Orestano, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in "Jus", 2 (1951), pp. 141 ss., ora in Id., *'Diritto'. Incontri e scontri*, cit., p. 67 ss.), cfr. le riflessioni di P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in "Quaderni fiorentini", 7 (1978), pp. 311 ss., in particolare pp. 388 ss. che individua il contributo orestaniano al dibattito metodologico sul problema storia/dogma proprio nel superamento di questa contrapposizione (v. sul punto M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna*, cit., *passim*). In Italia, l'attenzione della storiografia per la storia del pensiero giuridico dogmatico tra Ottocento e Novecento si è via via accentuata, proprio a partire dalle ricerche di Riccardo Orestano, sostanzialmente svoltesi nel periodo intercorso tra il 1953 – anno della pubblicazione della prima stesura dell'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* – e il 1968 – nel quale appare la monografia *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*. Questi lavori hanno a tal punto suscitato nei giuristi interesse per il profilo storico del pensiero giuridico moderno, che anche gli studiosi del diritto civile, appartenenti alle

presente e i dati che rimangono di epoche anteriori. Lo storico del diritto non deve «impiegare *sic et simpliciter* la medesima dogmatica che si è venuta creando per l'esperienza del nostro presente»⁸⁰, ma deve spiegare gli itinerari e le finalità che persegue: deve ricostruire il terreno empirico su cui le scelte si formano. Se è vero che la scienza del diritto è in ultima analisi volontà, è anche evidente agli occhi di Orestano che si tratta di una volontà storica, controvertibile e relativa. Non hanno perciò senso dibattiti come quelli che si sono sviluppati intorno al diritto soggettivo o intorno all'azione, volti a stabilire un giusto procedimento definitorio come individuazione della realtà. Ai concetti giuridici e agli enunciati che li delimitano non può riconoscersi – sostiene Orestano⁸¹ – alcuna rispondenza ontologica. Essi piuttosto «pongono come effettivamente esistente nella realtà un *quid* cui ascrivere in termini di attributi quello che si vorrebbe che in essa vi fosse realmente». Potremmo dirle vere e proprie proiezioni ideologiche, creative – esse stesse – di una realtà *sui generis*, ipostatizzata e descritta come esistente, laddove gli elementi che la compongono sono soltanto ciò che si definisce che siano, vale a dire sono costituiti dalla definizione e nient'altro che dalla definizione.

Non è frutto di mera coincidenza terminologica il fatto che il concetto di *esperienza giuridica* venga collegato ad un'esplicita formulazione di Capograssi. Invero, almeno il dato problematico originario, cioè la ricerca degli elementi di raccordo tra le forme della conoscenza giuridica e l'esperienza storica, è comune ai due autori. Tuttavia, a parte le differenti fonti e i diversi esiti teorici, vi è certo una consonanza tra la ricerca capograssiana delle categorie dell'esperienza e quella orestaniana di un principio di individuazione e determinazione delle categorie attraverso cui attivare i processi di comprensione dell'esperienza storico-giuridica⁸².

generazioni successive, hanno sentito il bisogno di ricorrere, nelle loro indagini, a ricostruzioni storiografiche. Sul tema, v. da ultimo L. Pepe, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2009, pp. 69 ss., il quale problematizza l'impostazione orestaniana sottolineando come la nozione di persona giuridica sia debordata su un piano meramente tecnico-giuridico «con la perdita – forse opportuna – della sua centralità teorica e normativa» (*op. cit.*, p. 71); si veda pure il volume collettaneo *Persone giuridiche e storia del diritto* (a cura di L. Pepe), Torino 2004. Per Orestano un sistema concettuale è una costruzione in varia misura arbitraria, cioè “soggettiva”; una costruzione che è critica in quanto non dimentichi il suo carattere di soggettività e la sua natura strumentale rispetto alla realtà. La sua “oggettività”, e quindi la sua autonomia operativa, sono appunto legate alla sua riconosciuta soggettività. È questo che viene a porsi come il motivo caratterizzante della scienza giuridica: l'apparato concettuale che il passato ha sviluppato mediante l'elaborazione, ovvero mediante la trasformazione concettuale della realtà immediatamente data e il suo inserimento in quei quadri teorici che corrispondevano alla situazione della sua conoscenza e alla direzione del suo interesse.

⁸⁰ R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pp. 281 ss. Il volume raccoglie tre saggi: *Azione (storia del problema)*, in “Enciclopedia del diritto”, IV, Milano 1959, pp. 785 ss.; *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, cit., pp. 149 ss.; *“Persone” e “persone giuridiche” nell'età moderna*, II capitolo del volume *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968.

⁸¹ R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pp. 83 ss. Nella prefazione a *Il problema delle persone giuridiche*, cit., p. X, l'A. avverte: «nella scienza del diritto ... è così facile – e tutta la storia del pensiero giuridico ne è la dimostrazione – restare prigionieri della rete dei concetti che vi si sono venuti man mano elaborando e stratificando, laddove invece solo la consapevolezza delle loro connessioni storiche può determinarne un impiego criticamente corretto, operativamente utile e soprattutto coerente con le premesse da cui si muove e con i fini che si vogliono raggiungere».

⁸² Anche nelle ricerche avviate sul tema dell'azione e sul diritto soggettivo assistiamo ad una sorta di bilancio di tutta un'impostazione ed una discussione storiografica, come un rapportarsi con le premesse, le idee, le implicazioni inesprese di quanti lo avevano preceduto. Un rapportarsi che era anche un preciso, programmatico atto di liberazione. A fondamento dei concetti storiografici e delle vicende giuridiche

La crisi delle categorie civilistiche non è tanto determinata dalla elaborazione di esse in base a norme ispirate ad interessi troppo lontani da quelli odierni, quanto piuttosto dal procedimento puramente logicizzante al quale devono la loro origine e che, trascorse le ragioni storiche a cui si ricollega il suo fiorire, genera schemi inutili alla comprensione della realtà. L'affermazione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ad esempio, proviene per lo più da esclusivismi a sfondo ideologico, oltre ad essersi nutrita delle vere o presunte (senza dubbio sopravvalutate) incertezze, perplessità e anche arbitrarietà dei criteri discretivi, soprattutto però, di preconcetti derivanti da scarsa considerazione dei valori o momenti politico-sociali degli ordinamenti e, viceversa, eccessiva venerazione per il diritto privato considerato, per eccellenza, la "scienza giuridica".

Il tema e la stessa possibilità di una *continuità* cominciano a perdere consistenza, mentre si va delineando il disegno, molto differente, di quello che si potrebbe chiamare uno *scenario discontinuo*. In termini di continuità il giurista cerca di ricostruire nel suo insieme la forma di una tradizione giuridica, il principio, materiale o spirituale, di una società, il significato comune a tutti i fenomeni di un periodo, la legge che spiega la loro coesione, ciò che si chiama metaforicamente il «volto» di un'epoca. Un progetto di questo tipo implica l'ipotesi che tra tutte le componenti di un'area spazio-temporale ben definita, tra tutti i fenomeni di cui si è trovata traccia, si debba poter stabilire un sistema di relazioni omogenee: una rete di causalità che permetta di ricavare ciascuno di essi, dei rapporti di analogia che mostrino in che modo essi si simbolizzino a vicenda o in che modo tutti quanti esprimano un unico e identico nucleo centrale; si presuppone così che una unica forma di storicità si porti dietro le strutture economiche, le stabilità sociali, l'inerzia delle mentalità, le abitudini tecniche, i movimenti politici, e li sottoponga tutti ad uno stesso genere di trasformazione; si presuppone infine che la stessa storia giuridica possa venire articolata in grandi unità – stadi o fasi – che hanno in sé il loro principio di coesione. Sono proprio questi postulati che la storiografia giuridica contemporanea mette in questione quando problematizza le visuali, le scansioni, i limiti, le disgregazioni, le specificità cronologiche, le eventuali forme di persistenza, i possibili tipi di relazione. Non che gli storici del diritto cerchino di ottenere una pluralità di storie giustapposte e indipendenti le une dalle altre: quella giuridica accanto a quella delle istituzioni, e accanto a loro quella delle singole discipline; e neppure cercano soltanto di indicare delle coincidenze o delle analogie di forma e di significato tra queste varie storie. Il problema che si pone allora – e che definisce lo scenario discontinuo – è quello di determinare quale forma di rapporto possa essere legittimamente descritta tra queste visuali differenti; quale sistema piramidale possano venire a formare; quale sia il meccanismo delle correlazioni e delle subordinazioni tra le une e le altre; quale effetto possano avere le disgregazioni, le

stanno non solo la concezione generale della storia, le idee filosofiche, ma anche le diverse concezioni giuridiche e politiche. Le classificazioni e le definizioni, e in definitiva le sistemazioni dommatiche, gli istituti, le dottrine, i movimenti culturali, dipendono da punti di vista e da preoccupazioni extrastoriche, politiche o ideologiche, delle varie tendenze etiche e giuridiche. Per indagare criticamente una vicenda giuridica, occorre assumere di fronte ad essa tale atteggiamento spirituale, per cui questa realtà a cui ci rivolgiamo sia un concetto, qualcosa di pensabile come sistema già chiuso, norma del nostro pensare. Ma appunto per la necessità di tale processo, bisogna non moltiplicare i concetti con il rischio di confondere la complessità della storiografia giuridica: proprio per la presenzialità necessaria ed inevitabile di ogni vicenda, occorre liberare la storiografia dai concetti, miti o categorie di una falsa presenzialità, politica o ideologica, che sono passati in essa dalla storiografia precedente. Il che va fatto con l'acquistare coscienza critica di tale intrecciarsi di fila.

differenti temporalità, le eventuali persistenze; in quali contesti distinti possano figurare simultaneamente determinati elementi. Una descrizione in termini di *continuità* racchiude tutti i fenomeni attorno ad un unico centro, principio, significato, visione del 'giuridico', forma d'assieme; una descrizione delle *discontinuità* dovrebbe invece mostrare tutto lo spazio di una dispersione⁸³.

Le «linee-guida» definite da Orestano nell'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* contengono dei forti elementi di innovazione rispetto al complessivo contesto metodologico e problematico evocato dalla prospettiva storiografica. Un primo elemento di novità, rispetto alle precedenti trattazioni sul tema, consiste, a ben vedere, nella proposizione di una vera e propria puntualizzazione teoretica dell'oggetto stesso della ricerca storico-concettuale.

Da questo punto di vista, le domande alle quali la storiografia giuridica è chiamata a dare una risposta concernono in particolare l'operatività dei concetti indagati, il loro specifico contesto di utilizzazione, le loro eventuali finalità di impiego, la persistenza temporale dei concetti, il valore assunto da essi all'interno dell'ordinamento o delle formazioni giuridiche. Ciò che ne risulta è pertanto una interpretazione delle categorie dogmatiche come privilegiato strumento di indagine della scienza giuridica e dei suoi mutamenti di breve e lungo periodo, della tradizione romanistica che è alla base degli sviluppi metodologici.

7.3. Codice e democrazia

Lo storico del diritto guarda alla realtà giuridica come ad un prodotto di processi di significazione e di procedure legittimanti, forti abbastanza da accreditare alcune rappresentazioni e reprimerne altre. Questo spostamento dell'analisi verso il costituirsi dei discorsi e la creazione di quei confini che danno loro una possibilità di attuazione e di riconoscibilità, comporta un automatico ricomporsi dei due termini *storia* e *realtà giuridica* in un'altra zona dove il 'giuridico' viene più che costruito, ricostruito⁸⁴.

Opere giuridiche e loro autori, testi canonici e sistemi di pensiero, vengono incardinati gli uni sugli altri e innestati su di una 'storia' che può essere assunta come somma di fattori qualificativi, come accumulo di conflitti ideologici o materiali, come implementazione o legittimazione di strategie che avrebbero riguardato il modo in cui, di volta in volta, teorie e apparati concettuali avrebbero incrociato le sue vicende. La posizione della storiografia giuridica nasce e si mantiene in contatto con i temi fondamentali della civilistica contemporanea. E questo contatto è sempre rapporto critico, mai assimilazione *ex novo* di elementi eterogenei rispetto a quella che è la sua originale linea di sviluppo⁸⁵.

⁸³ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 21 ss., 182 ss., 312 ss., 335 s., 410 s., 419 s. e 452 s.

⁸⁴ L'educazione del giurista, il suo arricchimento concettuale, impongono una giustificazione autonoma, interna ai risultati stessi della storiografia giuridica. Gli storici del diritto rifiutarono nettamente le spinte riduttivistiche della storia giuridica nell'ambito della storia generale, secondo invece la proposta di Momigliano che aveva auspicato «la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica» (A. Momigliano, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, nel volume collettaneo *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del I Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, Firenze 1966, pp. 21 ss.). Per una critica puntuale v. L. Raggi, *Scritti*, Milano, 1975, pp. 120 ss.; nonché P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 22 s.

⁸⁵ Il pensiero dei nostri civilisti, nel secondo dopoguerra, ha avuto tutto un suo complesso sviluppo e la

Il lamentato divorzio delineatosi in maniera evidente tra ‘società civile’ e ‘società politica’, diviene uno dei nodi intorno al quale costantemente i giuristi si interrogano, mettendo sotto processo la società politica innanzi alla società civile e alle sue sane energie, e caricando quest’ultima di tutte le universali aspirazioni che si vorrebbero vedere in quella rispecchiate⁸⁶. Basti accennare al tema della partecipazione politica connesso all’altro più vasto della democrazia. Al di fuori delle tematiche privatistiche consuete, il discorso investe, per la complessità che è immanente allo studio della problematica, anche fonti di pari grado (codice e leggi), nel peso che storicamente hanno assunto, tanto ai fini della costruzione di modelli interpretativi contingenti, quanto in vista di ripensamenti sul mutamento dell’assetto globale. L’intero settore del diritto civile appare riesaminato nelle sue immagini esemplari e sono poste le premesse per indagini su intensi processi di liberazione (condizione femminile, autoritarismi familiari⁸⁷). Alcuni dogmi – in materia di persone e di diritti – sono ridiscussi e si intuiscono domande insolite nella difficile zona che divide quel che è incluso da quel che è escluso dal diritto⁸⁸. Si riaccende con toni inconsueti la ricerca sui problemi nevralgici del codice civile (proprietà, impresa, contratto, responsabilità civile). Il discorso del civilista – si pensi, oltre a Pietro Rescigno, a Stefano Rodotà⁸⁹, Pietro Perlingieri⁹⁰ e Natalino Irti⁹¹ – quello sulla rappresentanza, sulla crisi delle istituzioni e sulla partecipazione, sul rapporto tra società civile e società

tradizione scientifica si è venuta costituendo in una pluralità di indirizzi secondo influenze riconducibili a fasi differenti. Sul punto v. P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit.; Id., *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una pos-fazione)*, in “Quaderni fiorentini”, 39 (2010), pp. 465 ss. [è l’introduzione al volume di F. Macario - M. Lobbuono, *Il diritto civile tra storia e metodo. Itinerari del pensiero giuridico*, Padova 2010]; G. Alpa, *La cultura delle regole*, cit.; N. Irti, *La cultura del diritto civile*, cit.; U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit.

⁸⁶ Una rimediazione della cultura dei giuristi italiani degli anni settanta del Novecento (i c.d. ‘giuristi d’area’) è offerta dal volume collettaneo *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano 2008. Per una riflessione retrospettiva sul tornante degli anni ’80 del Novecento v. P. Barcellona, *I soggetti e le norme, passim*, in particolare pp. 11 ss. dove afferma che «negli anni ’70 si determina una tensione nuova, si produce una sorta di strappo dentro lo stesso ruolo del giurista nel senso che raggiunge il massimo livello di consapevolezza critica l’impossibilità di restare fermi a questa prassi senza interrogarsi sulle basi costitutive del proprio sapere». Secondo Barcellona intorno agli anni ’70 si sarebbe esaurita sia la concezione tradizionale della legittimazione del ruolo del giurista, sia l’approccio proprio del kelsenismo e del neo-positivismo, risalente agli anni ’20-’30, al rapporto legge / legittimazione (*Ivi*, p. 14, laddove si lamenta che «La struttura logica della norma, i suoi caratteri costitutivi, quelli che apparivano i connotati della stessa idea di diritto, erano perciò in perfetta sintonia con una concezione del sistema giuridico privo di contraddizioni, di aporie e di lacune e di una scienza giuridica che aveva il compito di tradurre i singoli precetti posti dal legislatore in un sistema logico coerente e autosufficiente. La funzione di *legittimazione* dell’ordinamento posto, attraverso l’implicazione dell’idea di razionalità, si presentava quindi come un dato indiscusso e le operazioni della dommatica giuridica si qualificavano come sviluppo interno dello stesso sistema, come una crescita puramente endogena garantita dalla coerenza dei principi»).

⁸⁷ Cfr. U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato – Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, cit., pp. 293 ss.

⁸⁸ P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova 1966.

⁸⁹ S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1960, pp. 1252 ss., ora in Id., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990²; Id., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit.; Id., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.

⁹⁰ P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, cit.

⁹¹ N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit.; Id., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982 (ampliata, Milano 2002²).

politica – diventa ‘storico’. Una società – come quella di *Persona e comunità* di Rescigno – che si articola in partiti, cioè in gruppi non precari, non instabili, ma dotati di una determinata organizzazione, di consistenza e di durata, una società in cui le masse lavoratrici ritrovano la consapevolezza dei loro interessi attraverso il canale sindacale, questa società può ben dirsi uscita dall’assetto dello Stato ottocentesco. È qualcosa di più e di diverso, in concreto, di quella società genericamente ‘pluralista’ che, per la ricongiunzione dei propri antecedenti, è andata a rintracciare i piccoli gruppi tipici dell’associazionismo anglo-americano o addirittura le società particolari medievali: qualcosa di più, quand’anche qualcosa non del tutto eterogeneo a quella. Si arriva qui al problema del ‘pluralismo sociale’. Quando Rescigno vede la società articolata nei grandi gruppi dei partiti e dei sindacati, intende, riferendosi all’autogoverno sociale, parlare di quel tipo di partecipazione al potere che si attua mediante queste associazioni: partecipazione dunque mediata, non diretta. Il problema della partecipazione per codesta articolata società parrebbe risolversi nel problema non tanto di *chi* partecipa e di *ciò* a cui si partecipa, ma del *come* si partecipa, ovvero il problema della garanzia della partecipazione. Anche la democrazia pluralista, con la sua tesi del diritto spontaneo delle comunità minori della ‘società civile’, ha mostrato i suoi limiti istituzionali invalicabili, se lo stesso autogoverno sociale non ha offerto, di per sé, maggiore garanzia di effettiva partecipazione nei confronti di quella garantita dalle strutture rappresentative dello Stato liberale, riproducendosi in essa, se non gli stessi, analoghi rischi, ostacoli e strozzature che in questo, come è comprovato dalla società di massa, con le sue dinamiche burocratizzanti gerarchico-oligarchiche, e con i suoi gruppi macro-sociali. Il diritto spontaneo e autonomo della società abbisogna di una serie di istituzioni che, assicurando lo svolgersi di questa spontaneità, a sua volta la canalizzi dentro le strutture statuali, né più né meno che per i poteri e gli organi dello Stato rappresentativo classico si era dovuta prevedere l’istituzionalizzazione del controllo⁹².

Il codice, afferma Rescigno, è la realtà del diritto privato, l’obiettività e la concretezza della vita del diritto privato. Ma ciò non vuol affatto significare che tra il codice e il diritto si possa stabilire un’equazione, sia nel senso del codice come contenitore di una serie di diritti (il codice civile contro il quale i Gianturco, i Cimbali e altri, nell’ultimo ventennio dell’Ottocento, fecero valere la loro critica più radicale, mostrando come l’uguaglianza formale fosse una sorta di alienazione che idealizzando i rapporti giuridici dei privati giustifica e sancisce le differenze reali tra gli uomini), sia nel senso che il diritto privato rappresenti l’emanazione, il prodotto del codice come esclusiva fonte normativa, che come si sa corrisponde ad una mitizzazione del codice. Contro queste definizioni ‘mitizzanti’, Rescigno fa valere la considerazione che il codice civile è realtà vivente dell’ordine di diritto privato, come principio costitutivo di una comunità civile che ha per legge del suo processo la sua costituzione autonoma, secondo la sintesi delle antinomie di ogni comunità⁹³.

Il codice è l’espressione storica di un determinato equilibrio sociale e il suo diritto è la

⁹² P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit. In questi saggi appare evidente il legame culturale con la lezione di Capograssi e in particolare con la produzione giovanile del *Saggio sullo Stato* (1918), *Le riflessioni sull’autorità e la sua crisi* (1921) e *La nuova democrazia diretta* (1922), che inizialmente ebbe una limitata circolazione tra i giuristi. Su quella produzione v. M. Nardoza, *Il problema della «crisi dello Stato». Giuseppe Capograssi e la cultura giuridica italiana del Novecento*, in “Diritto e società”, 3 (1997), pp. 357 ss.

⁹³ Si veda P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, prolusione bolognese del 1961 e *L’abuso del diritto*, prolusione del ’62; Id., *Per una rilettura del Codice civile*, in “Giurisprudenza italiana”, 1968, IV, pp. 209 ss.

soluzione immanente, dal punto di vista della socialità, dei problemi e dei conflitti che si esprimono in quell'equilibrio sociale: è una concezione del diritto storicistica e 'materialistica'. Il codice non viene veduto sotto alcuna prospettiva idealizzante, ma solo nella sua realtà storica. La descrizione fenomenologica del codice, in quanto l'oggetto è un oggetto che tutto vive di vita storica, è divenuta una interpretazione storicistica e materialistica.

La Costituzione, in questa prospettiva, appare come un fattore di equilibrio che continuamente deve essere ricostruito: in quanto, proprio perché essa tende a garantire una determinata struttura della società civile, ha anche il compito di risolvere al proprio interno le istanze sociali spinte da valori e da esigenze particolari. Queste energie particolari, che pretendono un loro riconoscimento giuridico, trovano la loro espressione nel gioco dei partiti politici dei quali Rescigno mette in luce un duplice aspetto: per un verso, il loro bagaglio ideologico, ciò che essi di se medesimi definiscono dal punto di vista dell'ideologia e dei valori generali: per altro verso, ciò che realmente sono, cioè quali forze sociali, quali interessi obbiettivi interpretano nella dialettica che essi esercitano sul piano legislativo.

Pietro Rescigno, in questi saggi, tipicizzando la dialettica cui è soggetta l'esperienza del diritto privato come luogo in cui si incontrano e si scontrano interessi contrastanti che cercano una loro affermazione giuridica, nota come 'autorità' e 'libertà' siano le due categorie che utilmente permettono di interpretare questa dialettica – seguendo in questo l'insegnamento del suo maestro Francesco Santoro-Passarelli⁹⁴. Autorità è la garanzia della continuità legale della vita dell'ordinamento, libertà è la possibilità per le forze sociali di far valere la propria pressione per una modificazione dell'ordine giuridico esistente, per un loro riconoscimento come forze capaci di diritto, capaci cioè di contribuire all'universalità della legislazione e quindi capaci di vivere nella legge del codice. La libertà politica è la possibilità dell'elevarsi dell'individualità a funzione politica. Questa è la rappresentazione dei caratteri tipici dello stato democratico, della sua interna dinamica, delle condizioni che esso concede a nuove forze sociali di apparire alla ribalta dello Stato e di venire integrate.

Se il diritto è stato asservito a prospettive totalitarie, ciò si è determinato per effetto di alterazioni profonde dei suoi valori. Se si è potuto vincolare il diritto all'egemonia di determinate parti della realtà sociale arbitrariamente dotate di presunti crismi di universalità, creando innaturali privilegi e discriminazioni, queste forme assolutistiche si sono potute proporre solo con sovvertimenti di valori, di metodi e di garanzie indefettibili⁹⁵. Il diritto non è assolutismo; è però regola di vita, è una scelta per l'esistenza⁹⁶. Anche se si dibatte nella sua ineliminabile difettosità, il diritto non è inconsistenza morale, vuoto culturale, disponibilità a qualunque accomodamento, adattabilità a qualunque potere. La storicità del diritto si coglie, dunque, nel rifiuto della riduzione dell'esperienza giuridica o a una compiutezza sistematica o a una soggettivizzazione integrale. È proprio svincolandosi dalla tentazione monistica che la

⁹⁴ P. Rescigno, *Introduzione*: a F. Santoro-Passarelli, *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, pp. 1 ss.; a Id., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova 1977, pp. VII ss.; e a Id., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli 1988, pp. VII ss.

⁹⁵ Sul problema dell'uguaglianza nel diritto privato, con riferimento al rapporto dell'autonomia privata con il concetto di comunità cfr. D. Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio – Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli 1998, il quale, traendo spunto dai testi di Rescigno, riflette sulla discriminazione come essenza del diritto e sull'istanza di parità di trattamento come negazione dell'arbitrio.

⁹⁶ Cfr. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1991².

scienza giuridica può dare alla sua esistenza quei sensi ideali che non potrebbero essere desunti da motivazioni esclusivamente empiriche o astrattamente formali.

Rescigno mostra come una tale esigenza non può essere pienamente soddisfatta ponendosi l'accento sulla validità teoretica della ricerca e sul distacco nei confronti delle vicende e delle motivazioni della prassi, prospettando la necessità di superare il linguaggio contingente, il cui carattere consegue all'influenza che sulla sua formazione e sul suo uso esercitano gli interessi pratici e ideologici di coloro che ad esso fanno ricorso, ad opera di un linguaggio tecnico, e quindi rigorosamente elaborato e caratterizzato dall'univocità dei termini e delle accezioni. Indubbiamente il problema della validità teoretica, cui si collega l'esigenza del rigore logico e tecnico, investe il campo della ricerca, ma esso non può essere risolto se non si riconoscano i rapporti e le influenze reciproche, che intercorrono tra prassi e teoria. Infatti, la riflessione manualistica⁹⁷ appare innovativa, poiché, per individuare le cause della normativa codicistica e della regolamentazione dei rapporti giuridico-economici, decide di non restare solo nell'ambito del diritto civile tradizionale, ma di trascenderlo, per riferirsi a tutti quegli altri fattori e aspetti dell'esperienza pratica e culturale, che sulle manifestazioni e sugli orientamenti del diritto privato esercitano la loro influenza. Pertanto, pur facendo leva sul criterio, mediante il quale esso si adopera a costituire la sua autonomia, e che Rescigno indica nel problema dell'esercizio del diritto soggettivo (esplicazione del potere del privato), la ricerca si avvale dei contributi che le derivano dal versante costituzionale; per riportare poi gli elementi raccolti ad una visione concreta e unitaria del problema giuridico considerato e ad una spiegazione quanto più possibile ragionata e coerente del processo formativo che l'ha generato, e dei termini con cui esso si propone.

8. Filosofie e tecniche della codificazione civile: il lavoro di Domenico Corradini

8.1. Il tema della buona fede

Le indicazioni critiche della vicenda codificatoria italiana sono ricche di implicite posizioni, che si sono sviluppate di tempo in tempo con sotterranee relazioni, che non sono state forse tutte discoperte. Il compito dello storico del diritto è quello di portare alla luce questo contenuto e includerlo in ciò che, per essere noto, non manca di avere già una letteratura critica. E non appare possibile considerare questo contenuto come una memoria del passato, perché, appena conosciuto, deve essere immesso nell'attuale articolazione del pensiero speculativo. In taluni ambienti filosofico-giuridici, attivi nella prima metà degli anni settanta (penso a quello pisano e ai lavori di Domenico Corradini⁹⁸ e di Giuliano Marini⁹⁹), questo significa che la storia del diritto non si giustifica che facendosi più storia, cioè non preoccupandosi delle negazioni che la colpiscono dal di fuori, ma contrapponendo a queste il suo lavoro interno tendente a scompaginare sempre più la costruzione che essa fa di se stessa (la storia del diritto pertanto ha la stessa

⁹⁷ P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli I ed., 1973.

⁹⁸ D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit.; Id., *Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, cit.; Id., *Storicismo e politicità del diritto*, cit.; Id., *Croce e la ragion giuridica borghese*, cit.

⁹⁹ G. Marini, *Savigny e il metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966; Id., *La polemica con la scuola storica nella "Filosofia del diritto" hegeliana*, in "Rivista di filosofia", 68 (1977), pp. 167 ss.; Id., *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978.

condizione delle scienze particolari, quella di dimostrarsi, mostrandosi). Nella molteplicità del suo farsi sempre ha un significato, provante il fatto che essa si pone senza mai restare in un situazione di staticità.

Così, in un riesame della capacità critica della scienza giuridica sul tema della codificazione in relazione allo statalismo e sul problema della buona fede nella storia del diritto privato, Corradini intende cogliere il problema fondamentale che la percorre tutta e seguirne la ricchezza disseminata, facendo alcuni sondaggi in punti significativi della sua storia, non senza farli ribaltare sul piano della riflessione contemporanea e ponendo in evidenza talune esigenze di fondo, oltre che particolari significativi aspetti del pensiero dei giuristi. Questo problema è quello dell'interpretazione del codice. Esso appare emergere dal fondo di una ricca tradizione dottrinale, che la attuale coscienza tende a confinare nella lontananza storica, quasi al di là del tempo, in una trascorsa realtà. Se questa nostra attuale coscienza pensante sembra invecchiata, è proprio perché si è data queste dimenticanze, anzi, perché ha voluto darselo, mentre resta ancor vero che una civiltà di pensiero giuridico creativo non si attua se non in quanto è capace anche di darsi, più che un avvenire, un nuovo passato. Ma per darselo occorre una potenza di pensiero, capace di percepire l'antico appunto come nuovo.

Corradini è consapevole che più una storia giuridica è 'piena' del proprio tempo e più essa tende ad aver bisogno della storia del tempo trascorso e di quello che ancora verrà. Questo comprendere in chiave storica deve rapportarsi con l'intima necessità del pensiero dei giuristi. La difficoltà dei filosofi del diritto, come anche degli storici del diritto e dei giuristi positivi, non consiste nel superare posizioni estremamente divergenti di forme di pensiero diversificate, circa i modi di intendere il problema del codice, dell'ordinamento e dello Stato, ma nell'appianare i dislivelli di una molteplicità di piani intellettuali che, ponendo una notevole eterogeneità nei rapporti speculativi tra i giuristi, crea tra di loro disintendimenti, che risultano di ostacolo per l'unità della scienza giuridica, unità nella quale i giuristi attingono il proprio valore.

Il problema della buona fede nell'esperienza privatistica, tra Otto e Novecento, mostra allora soprattutto la difficoltà di individuare, in una tradizione di pensiero giuridico nella quale quell'unità è incarnata, perché i giuristi ne hanno avuto un'esigenza costante, il valore dell'unità per sé, ossia l'unità come tale. I singoli giuristi, pur dissentendo talvolta tra di loro su determinate soluzioni, ovvero avversandosi quanto alla scelta della via da percorrere, tuttavia hanno espresso intorno al problema dell'interpretazione del codice, proprio con le loro riflessioni critiche, quell'esigenza di unità intorno alla quale si muove la problematica essenziale della scienza giuridica. «La storia che il libro delinea sulla base delle fonti – scrive Corradini – non vuole tradursi in una semplice descrizione di concetti che emergono da altri concetti, in un sorta d'«histoire historisante», che si limiti a cogliere il carattere esterno delle opere intellettuali; al contrario, porge lo sguardo alla società e procura di connettere le norme e il pensiero dei giureconsulti e dei giudici a uno sfondo in senso lato politico, e alla sua luce ne apprezza il ruolo, legandolo alla dialettica e ai programmi dei gruppi»¹⁰⁰.

L'orientamento critico del pensiero dei giuristi nei confronti dell'antistoricismo e del formalismo trova un suo riferimento qualitativo nell'inclinazione a valutare i problemi dell'esperienza giuridica ispirata ad un pluralismo metodologico, capace di assorbire in sé le istanze del mondo storico e filosofico. Il diritto non è più solo una tecnica di risoluzione dei conflitti sociali. Esistono certo formalismi che non fanno progredire gli

¹⁰⁰ D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. VIII.

ideali di ‘arte’ creativa del giurista e che sono anzi all’origine del positivismo giuridico, e ve ne sono altri incapaci di contrastare il particolarismo legalistico e le sue punte disgregatrici. Ma non si devono porre sullo stesso piano di contestazione e di rifiuto gli interventi abnormi, enfatici e dissolutori e quella interpretazione umanistica e problematica che è da essi umiliata, e che proprio svincolandosi dai loro condizionamenti riesce ad esprimere la sua autentica vocazione all’*ars boni et aequi*. Non v’è d’altronde solo la ‘povertà’ del positivismo giuridico¹⁰¹, ma la ‘povertà’ di ogni pensiero contaminato da intransigenza ideologica, da arbitrarie semplificazioni del dato reale e dalla refrattarietà ad ogni riflessione metodologica. Il pericolo di degradazione intellettuale e di intolleranza può essere tipico di determinate visioni del ‘giuridico’, anche variamente ispirate, ma la possibilità di liberarsene può essere praticata ogni qual volta vi siano sforzi consapevoli volti a ripristinare fondamentali garanzie dell’esperienza umana. Non è detto, pertanto, che i vizi del legalismo siano incorreggibili e che anzi non sia la sensibilità storica la più idonea ad emendarli e a prevenirli.

8.2. Critica alla scuola giuridica dell’esegesi

Corradini, da questo punto di vista, cerca i tratti distintivi di un’esperienza giuridica che non si isterilisce nell’uniformità, che rifugge da inquadramenti sistematici definitivi, che si apre di continuo alla ricerca e alla valorizzazione di metodi e di condizioni capaci di favorire l’autonomia del giurista-interprete. Si ritiene compito del filosofo del diritto promuovere una più vasta e articolata circolazione di valori, di idee, emancipare l’esperienza giuridica da un finalismo esclusivistico, poiché, quando si cercano valori troppo al di fuori di un codice, di una legge, ciò significa che quel codice, quella legge sono inferiori alle loro possibilità sociali, e devono allora recuperare ciò che hanno improvvisamente ceduto.

La critica del formalismo giuridico è il luogo ricorrente nelle riflessioni dei giuristi indagati da Corradini e investe l’intero ambito dei discorsi cui si applica il suo scandaglio critico: dalla teoria generale del diritto all’analisi dell’esperienza storica, dalla fenomenologia del rapporto giuridico all’analisi delle forme moderne di convivenza sociale. Appare chiaro che l’analisi giuridica non assume più tanto ad oggetto i procedimenti di fondazione delle norme e dei sistemi normativi, quanto i procedimenti di giustificazione delle decisioni giurisprudenziali e delle scelte di valore. La scienza giuridica è intesa come l’insieme di tutti i discorsi “scientifici” sul diritto che assumono il diritto ed i procedimenti impiegati dai giuristi come un problema e non come un dato preconstituito all’indagine; il compito è quello di ridefinire i punti di contatto tra dottrina giuridica, metodologia e teoria dell’interpretazione. Si avverte la necessità di sciogliere il legame – stretto e profondamente radicato nella storia del pensiero giuridico e politico – tra la problematica logica del ragionamento giuridico e la problematica ideologica della separazione dei poteri e delle funzioni degli organi giurisdizionali, in particolare della subordinazione del giudice alla legge.

Come riflessione tecnica, la qualificazione del criterio della buona fede è vista come condizionata da apparenze e ipocrisie, dove, in molti casi, le idealità e le speranze prendono il posto della realtà di fatto. Nella visione di Corradini, il giurista dell’ottocento resta rinchiuso all’interno di una dinamica rigidamente esegetica, che considera il dato

¹⁰¹ Vi è chi ha parlato di ‘misericordia’ del positivismo giuridico, come A. Baldassarre, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino 2005, pp. 2001 ss.

giuridico solo come un'astratta regola dell'agire, così che lo trascura, anziché utilizzarne le estese – anche se non sempre immediatamente evidenti – capacità di esprimere la realtà che lo ha ispirato. L'esegesi delle norme contenute nel codice civile obbedisce più o meno consapevolmente all'esigenza di isolare il diritto dalla politica: esigenza che nasce dalla crisi della visione pangiuridica dei giuristi del diritto comune e dal rifugio nella pura tecnica, contro ogni contaminazione politica. Corradini si vede costretto a ricostruire preliminarmente questa dinamica degli interessi sociali che nel tema della buona fede è presupposta: un compito difficile e che gli impone di muoversi su terreni di indagine piuttosto vasti, nello spazio e nel tempo. Delle forme tecniche di applicazione del diritto si scorgono allora precise e importanti funzioni nell'organizzazione della società ottocentesca, che vede consolidarsi lo Stato unitario e il formarsi di garanzie giuridiche, tendenzialmente sottratte all'arbitrio di settori di potere centrale e della magistratura. Le dottrine giuridiche, quanto più aspiravano ad adeguarsi all'ideale di scienza universale e obbiettiva, che il grande impianto codicistico suggeriva, e quanto più tendevano a perseguire elevati valori etico-giuridici, tanto più, da un lato, lasciavano spazio a dottrine pratiche prive di ogni visione di insieme e obbedienti ad interessi particolari, dall'altro, si rivelavano del tutto impari al compito di affrontare in concreto e risolvere i problemi specifici dell'ingiustizia materiale. Si trattava di una risposta complessa a contrastanti esigenze, nello stesso tempo teoriche, di politica del diritto e attinenti alla dinamica degli *status* e dei ceti; esigenze che avevano una loro precisa collocazione storica e che contribuivano a spiegare il radicarsi di una caratteristica mentalità dei giuristi¹⁰².

La storia delle applicazioni del problema della buona fede nel pensiero giuridico non si presenta solo come una successione in cui ogni nuova elaborazione teorica supera e dissolve integralmente quelle precedenti. Ogni elaborazione del 'giuridico' storicamente consapevole ha un suo carattere problematico, che la dispone ad accogliere come matrice della sua formazione anche il pensiero del passato, e che, insieme, le consente di prevedere ciò che, nelle sue formulazioni attuali, è suscettibile d'avere ancora un significato nel futuro. Una tale esigenza vale in particolare per quanto concerne il rapporto tra la ricerca storiografica e l'esperienza giuridica, ove si tenga conto di quanto v'è nella prassi giurisprudenziale di irriflesso, di contraddittorio e di deteriormente ideologico, e di quanto, invece, la ricerca necessita di consapevolezza e di chiarezza razionale.

Corradini ritiene di dover esaminare, in relazione alla codificazione civile, se e quale consistenza e rilievo abbiano le conclusioni raggiunte dal punto di vista del rapporto con l'ideologia e i valori. Non c'è forma di interpretazione giuridica, sia essa dottrinale o pratica, in cui ideologia e valori non siano presenti. L'indagine storica si concentra su una concezione, compiuta ed esplicita, della realtà, di ciò che i giuristi hanno compreso ed elaborato, cercando di individuare per lo meno gli sforzi, più o meno consapevoli, di fondare e di esprimere una determinata concezione. Poiché anche l'osservazione più immediata presuppone un soggetto, il quale enuncia e reca in tale attività la sua totale esperienza, la somma degli elementi contenutistici e formali, che convergono nella sua personalità, appare inevitabile che lo storico entri in contatto con ideologie, intendimenti, varie forme di partecipazione al mondo dei valori; la necessità della ricostruzione storica deve essere allora posta nel massimo rilievo se si vuole intendere il senso e la portata della scienza giuridica.

¹⁰² D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 54 ss., 73 ss. e 89 ss.

9. La coscienza della storicità nella storia delle codificazioni di Adriano Cavanna

9.1. Lo spirito delle codificazioni

I temi su cui sembra concentrarsi il pensiero di Adriano Cavanna, tra la fine degli anni settanta e gli inizi degli anni ottanta del Novecento (temi che ad uno sguardo affrettato e poco attento alle variazioni di tonalità – che invece si avvertono preminentemente quando ci si metta in una prospettiva storiografica – possono apparire stabilizzati su alcuni canoni acquisiti), riguardano oltre al diritto medievale e dell'età moderna, anche l'età delle codificazioni¹⁰³.

Se leggiamo due scritti, l'uno del 1978¹⁰⁴, che costituiva il discorso metodologico sull'insegnamento della storia del diritto, l'altro condensato nel manuale, edito nel 1979¹⁰⁵, ritroviamo i temi classici di questo autore. Cavanna mette in luce il problema della ricostruzione del pensiero giuridico moderno, nella convinzione che la storia del diritto codificato, in quanto tale, sia essenzialmente la risoluzione critica di ogni oggettività in sé posta, laddove ciò che nella dogmatica giuridica si pone come oggetto non è che un aspetto, un epifenomeno della coscienza giuridica surrettiziamente universalizzato¹⁰⁶. Si ribadisce la fine del realismo giuridico concettuale, cioè di quella inclinazione speculativa che assume determinati concetti giuridici in una forma più o meno immediata, che fissa in essi astrattamente il significato di una particolare corrispondenza intuitiva, trasfondendo nel campo propriamente interpretativo un aspetto o un carattere che corrisponda ad obbiettive esigenze pratiche; si nota ancora come alcuni concetti tipici del pensiero giuridico – causa, effetto, potere *etc.* – abbiano ormai assunto nel concreto sviluppo del sapere giuridico forme così differenziate che la loro stessa unità concettuale sembra non aver più un valore simbolico. Viene nuovamente affermata la totale positività dell'esperienza giuridica moderna quando essa venga sussunta in una ricostruzione manualistica che non ha da operare discriminazioni valutative, ma solo da descrivere il movimento obbiettivo della cultura giuridica, per cui una prospettiva storica di questo tipo nel singolo giurista vive non come un sapere, ma come un'attitudine.

In questi stessi scritti Cavanna riprende un concetto che già altre volte aveva analizzato: il concetto di spirito, che non può essere inteso secondo un ingenuo realismo, ma che può solo stare a significare l'orizzonte ideale delle varie direzioni di sistemazione del diritto. Qui lo storico assume il compito di porre in luce gli aspetti latenti del dato reale, di introdurre l'elemento dialettico che non accetta la situazione o l'idea nella sua forma statica, quasi fosse una ineluttabilità, ma interpreta le nuove spinte ideali che nascono dal tessuto storico in quanto esse divengano elementi in cui l'esperienza giuridica acquista un senso più umanamente compiuto. E quando si parla di situazione non si intende un modello statico e fisso che serva per proporre una surrettizia dialettica intellettuale. Situazione vuol dire momento storico, con i suoi conflitti determinati dalle

¹⁰³ Sull'opera di Cavanna, v. P. Grossi, *Ricordo di Adriano Cavanna*, in "Quaderni fiorentini", 32 (2003), ora in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 557 ss.

¹⁰⁴ A. Cavanna, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (un'occasione di riflessione nell'identità del giurista di oggi)*, in "Studia et Documenta Historiae et Iuris", 1978, pp. 95 ss., ora in Id., *Scritti (1968-2002)*, I, Napoli 2007, pp. 307 ss.

¹⁰⁵ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979.

¹⁰⁶ *Ivi*, pp. 97 ss., 101 ss.; Id., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, pp. 3 ss.

classi nelle varie forme che esso è destinato ad assumere, così come coscienza non vuol dire mai la sussunzione esemplare della riflessione astratta, ma piuttosto il piano complesso delle idee (ideologie, concezioni del diritto, mentalità *etc.*) in cui la realtà trova il senso di se stessa e la propria giustificazione¹⁰⁷.

In questi scritti ci sono alcuni elementi nuovi che occorre sottolineare. Cavanna ribadisce che non è la teoria dogmatica del diritto a poter fornire un canone all'iniziativa pratica, a offrire un piano di certezze per le proprie decisioni che devono essere maturate e risolte di fronte ai problemi stessi, così come si pongono nella vita senza trasfigurazioni metafisiche che ne falsino il loro significato reale. E lo avverte bene questo aspetto Cavanna, quando propone il problema della storicità della codificazione, che è anche il problema dell'autocoscienza storica che la scienza giuridica ha di se stessa. Questo all'autore pare un tema caratteristico della storia del diritto contemporaneo che si riconosca *'filia temporis'*. Essa si sa determinata storicamente, accetta la sua temporalità, la sua connessione alla problematica radicale del suo tempo, la pone a se stessa come un problema.

I valori che il passato può offrire alla formazione del presente, non sono i soli che per Cavanna si debbono utilizzare, e d'altronde essi non si manifestano se lo storico non li ricrea con l'aggiunta di propri valori originali, se non li integra con gli elementi nuovi della propria esperienza e con qualificazioni del proprio sapere che non hanno equivalenti in ciò che è trascorso.

Cavanna ritiene di mantenere aperto il più ampio orizzonte possibile sulla complessa trama dell'esperienza sociale, sulla ricchezza della vita culturale e sull'intreccio delle influenze e delle integrazioni, che caratterizzano gli svolgimenti della prassi e del pensiero giuridico, prestando attenzione ai presupposti teoretici cui esso si ispira e all'incidenza dei fattori qualificativi attraverso i quali il giurista indaga la realtà giuridica.

Il punto su cui si accentra il suo interesse per la storia delle codificazioni, appare in grado di comprendere e risolvere in sé i risultati delle indagini sociologiche, considerandoli e illuminandoli dalla prospettiva che le è propria, e cioè commisurandoli all'indicata dimensione del potere dei privati e al problema della regolamentazione della società, in cui essa si riversa. Ugualmente, egli riconosce l'importanza dei fattori economici. Non solo perché le manifestazioni di volontà dei privati hanno una immediata ispirazione economica ma, soprattutto, perché la ricerca può ritrovare nel piano delle azioni e delle relazioni economiche – che sono proprie di una società e di un'epoca determinata – elementi assai rilevanti ai fini della ricostruzione della genesi del concetto di 'autonomia privata' e dei suoi contenuti problematici. Neppure tralascia la considerazione dell'incidenza dei fattori politici, laddove l'attività politica viene considerata, da un lato, come fonte del diritto, e, dall'altro, sottoposta ai criteri di qualificazione e di regolamentazione giuridica; pertanto, se il codice civile è sostanziato dalla politica, e dalle azioni e dai fini che la caratterizzano, le manifestazioni della politica non solo si inseriscono, a loro volta, nella trama che il codice si propone di articolare, ma si compenetrano, altresì, del senso e della consapevolezza che sono propri del codice. E ciò, anche se esse non rinunciano alla loro peculiare ispirazione e la fanno, anzi, decisamente valere nei momenti di crisi e di rinnovamento del codice¹⁰⁸. La scienza politica, in quanto riflessione sulla problematicità dell'esperienza giuridica, e sulle vicende del potere che ne rappresentano l'aspetto caratterizzante, è destinata a interfacciarsi con la scienza giuridica,

¹⁰⁷ Id., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, cit., pp. 155 ss.

¹⁰⁸ A. Cavanna, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune*, cit., in Id., *Scritti*, I, cit., p. 329 s.

configurandosi come riflessione sui contenuti e sui problemi dell'esperienza giuridica, e come impegno a indicare le soluzioni che appaiono auspicabili¹⁰⁹.

9.2. Storicità del codice

In questa coscienza della storicità del codice, la riflessione storiografica avanza anche il motivo dell'attualità. Attualità nel senso che il pensiero giuridico, che per Cavanna si innesta sempre nel quadro di una tradizione speculativa, non si esercita su problemi di ordine tradizionale: temi sussunti dalla tradizione, tramandati secondo una loro – come si usa dire – simbolica unità concettuale, ma si esercita sui problemi del presente. Il passato ha già una realtà rammemorata, diluita, astratta; solo nel presente la realtà giuridica è impegnata in tutta la sua ricchezza e la sua potenza, nella sua presenza totale, anche se in una proiezione parziale. Ma storicità del codice può forse solo voler dire storicità dei contenuti della riflessione pratica che essa assume per la loro risoluzione nella sistematica razionale? Certo, di storicità della ragione giuridica, che concretamente si costituisce secondo una molteplice varietà di forme, secondo, per così dire, i diversi piani delle sue tematizzazioni, si può parlare solo accentuando il suo aspetto pragmatico, mettendo in evidenza la sua attualità¹¹⁰. Ma, allora, questa dialettica della ragione giuridica non apre proprio il problema del rapporto tra il sapere tecnico del giurista positivo, carico di indici di dogmaticità ma fecondo per l'azione, e il sapere storico, che nella sua concezione, è pura teoresi, che non offre certezze?

Che questi temi serpeggiassero nella meditazione di Cavanna, come elementi che cercavano un loro coerente sviluppo teorico, appare chiaro anche da uno scritto del 1993 che più tardi il maestro milanese avrà occasione di riprendere¹¹¹.

La coerenza storica appare a Cavanna caratterizzata da tre elementi fondamentali: un principio di universalità che stabilisce la teleologia del corso storico, l'assunzione di un determinato assieme di fatti come contenuto della riflessione storica, i rapporti che si stabiliscono tra l'un piano e l'altro. Da queste premesse è chiaro il senso unitario e teleologico dei valori tipici di una certa cultura e appare evidente che il problema

¹⁰⁹ I legami con la scienza politica occupano un posto assai notevole nella tradizione della riflessione giuridica e filosofica (v. B. Leoni, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, a cura di M. Stoppino, Milano 1980; D. Corradini, *Storicismo e politica del diritto*, cit.). Ma essi hanno assunto un più vivo rilievo man mano che la scienza giuridica si è resa conto dei limiti inerenti alla tendenza esegetica e al punto di vista normativistico, dominanti presso i giuristi europei, e ha avvertito l'esigenza di una considerazione sostanziale delle norme e delle istituzioni giuridiche e del loro funzionamento, accostandosi, così, in qualche misura, alle tendenze operanti negli Stati Uniti, in cui nell'ambito della «political science», e della sua ispirazione realistica, si tendono ad integrare analisi politiche e giuridiche. In ordine a tale aspetto, Cavanna cita, nelle pagine di cui alla nota precedente, lo scritto di Tarello su *Il realismo giuridico americano* (Milano 1962), a proposito della circolazione e degli influssi di tipo ideologico, nella cultura giuridica italiana degli anni Sessanta del Novecento, delle principali teorie euro-americane sull'attività interpretativa del giurista e sull'incidenza del realismo giuridico americano.

¹¹⁰ Si veda A. Cavanna, *Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia: quale 'manuale' per quale storia del diritto*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., pp. 35 ss., ora in Id., *Scritti*, cit., II, pp. 771 ss.

¹¹¹ A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, pp. 719 ss., ora in Id., *Scritti*, cit., II, pp. 1185 ss. (il saggio è tratto dalla relazione presentata alle Journées d'Etudes organizzate a Parigi il 19-20 novembre 1993 dalla Société pour l'histoire des Facultés de droit et de la science juridique e pubblicato in lingua francese con il titolo *L'influence juridique française en Italie au XIX^e siècle*, in "Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique", 15 (1994), pp. 87 ss.)

dell'oggettività storica diviene un momento immanente della stessa coscienza storica che cerca di risolvere con il ricorso all'ideale dell'obiettività, la parzialità delle singole interpretazioni¹¹². In sostanza, il canone dell'oggettività è il ricorso polemico tra varie forme di storiografia, ciascuna delle quali vuole mostrare l'indice di non storicità e quindi di astrattezza, nonché di incapacità a penetrare l'obiettività del fatto da parte dell'altra. Nella coscienza storica è presente, dunque, il doppio carattere della teoreticità e della oggettività, l'una che tendenzialmente cerca di trovare soluzione sul piano delle filosofie giuridiche, l'altra sul piano tecnico-giuridico. Le due direzioni coesistono e devono sempre coesistere nel concreto sapere dello storico del diritto, anche se l'indice del loro equilibrio dipende dalle diverse situazioni di cultura. L'irrigidimento della dimensione ideologica porta ad una concezione teleologica della storia, cioè, al limite, ad una metafisica della storia; l'irrigidimento della esigenza tecnica conduce ad una astratta sociologia storica la quale al limite riduce la complessità del processo storico ad astratte relazioni generali, che, anche se molto arbitrariamente, si sogliono chiamare leggi storiche.

A parte gli approfondimenti che si possono mostrare necessari, non mi pare dubbio che la struttura della coscienza storica del diritto e del fenomeno codificatorio, nonché, nel suo riflesso culturale, del sapere storico, si presenti effettivamente come sempre travagliata da questa duplice direzione e che la problematica metodologica degli storici del diritto della levatura di Adriano Cavanna, la ricerca cioè di più ampie garanzie di obiettività, vada sempre di pari passo con l'inquietudine in merito al sistema dei valori.

10. Codificazioni e cultura giuridica: la riflessione di Giovanni Tarello

10.1. Idea del codice e della giuridicità

L'idea di codice civile come 'mentalità culturale' può essere ed è oggetto di riflessione storiografica. Questa constatazione comporta il problema che parlare di 'mentalità culturale' evoca impressioni sull'atteggiamento intellettuale dei giuristi (ma anche di altre figure che talvolta si confrontano con i giuristi, come gli storici e i filosofi). Ciò non è senza conseguenze per una considerazione della tradizione storiografica che vi avverta solo la forza di progetti che si succedono e di determinati autori. Progetti e autori prescelti, interpretazioni tratte o superate e così via, costituiscono un orizzonte connesso ad altri orizzonti; in questi scenari si coglie un'esperienza e una tensione che riguarda la nostra esperienza, la nostra stessa cultura, la quale include molteplici stimoli; ma poi assume la propria conformazione solo se presente a se stessa: autocomprendendosi insomma. Occorre un'opera di mediazione che sia critica ma al contempo contestuale; spregiudicata e tuttavia partecipe della formazione culturale; attenta in particolare a riflettere sulla sua forza spirituale. Occorre mostrare come la tradizione sia frutto di mediazione intellettuale, di impiego critico del lavoro storiografico. Il valore di una riflessione storiografica non risiede nell'"oggetto" storiografico (la codificazione), ma nella consistenza culturale su cui si basa la riflessione che l'"oggetto" suscita.

Per impostare la ricerca sulle codificazioni, Tarello ritiene necessario, in via preliminare, determinare i valori semantici, per definire, sia pure negli aspetti generali,

¹¹² Esemplare il saggio di A. Cavanna, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Le ragioni del diritto in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano 1995, pp. 247 ss., ora in Id., *Scritti*, cit., II, pp. 771 ss.

cosa si possa e si debba intendere per codice, e valutare con cognizioni adeguate le difficoltà che possano insorgere dai diversi significati. Le accezioni fondamentali del termine ‘codice’ appaiono consentire di abbozzare un tracciato storico, cogliere, se c’è, un *continuum*. I vari sistemi giuridici e le formulazioni teoriche, anche quando realizzano rotture, contraggono debiti d’eredità e a Tarello appare utile disporre di questo patrimonio per essere nelle condizioni migliori di comprensione e, soprattutto, per individuare quanto sia forte l’incidenza delle tradizioni e in che misura ne sia ancora riconoscibile la traccia. Intorno al fenomeno della codificazione ruotano concetti di varia provenienza ma, comunque, assorbiti e ugualmente implicati in questa nozione. L’assestamento di tale egemonia appare così chiaro, da non poter essere facilmente contestato, laddove Tarello mostra come il pensiero giuridico e la cultura contemporanea abbiano dovuto fare i conti con questa egemonia, l’abbiano messa in questione, abbiano ritrovato divaricazioni notevoli tra il codice e la giuridicità, tentando la risoluzione dell’idea stessa di codificazione. Ma contestare un’egemonia vuol dire dichiararne illegittimo il dominio ed emanciparsi: appare così che, indipendentemente da ogni questione di merito, nella sua forma essenziale l’atto critico e dissolutore nasca solo quando ha presagio della provvisorietà dell’oggetto dominante, quando comincia a coglierne l’incrinatura e a prevederne, dunque, la possibile caduta. Un’egemonia è contestata quando si mostra nella sua dimensione accidentale e per questo storica.

Ogni atto che ambisce a questo tipo di revisione, che tende a una conclusività, qualunque sia l’esito, rimanda – quasi fosse una contropartita – al fatto originario, costringe cioè a ridiscutere il tema, ponendo in questione la genesi. Se, quindi, nel giuspositivismo moderno è sbocciata e ha trionfato l’egemonia della codificazione, è altrettanto vero che essa prende umore da più profonde radici dove le preesiste un’idea di codice che viene da un’altra storia e si assimila ad un altro significato. Non è però chiaro se vi sia soluzione di continuità, perché occorre ridiscutere sino in fondo questa egemonia e verificare se essa nasca sotto una precedente protezione, per stabilire fino a che punto l’idea preesistente di giuridicità propizi la nascita del codice, fino a che punto quell’idea è interamente perduta o ereditata.

Le indagini condotte da Giovanni Tarello sulle codificazioni si presentano, al contempo, da questo punto di vista, come un bilancio e come un programma. Due infatti sono le principali linee di riflessione che l’autore segue e sviluppa: da un lato, si tratta di valutare l’importanza e il significato del contributo che gli studi di storia della cultura giuridica hanno apportato alla riflessione giuridica e filosofico-giuridica, al suo statuto, ai suoi metodi, e ai suoi stessi oggetti; dall’altro, l’ambizioso progetto consiste nel rivendicare la necessità e l’urgenza di ripensare, di ridefinire l’identità culturale del giurista in modo adeguato alle esigenze contemporanee. In maniera ancora più esplicita, viene espressa l’esigenza di accompagnare l’estensione degli studi storico-giuridici verso nuovi orizzonti, con una dotazione metodologica quanto mai flessibile e che sia in grado di avvicinare realmente tutta quella vastità di fenomeni complessi e differenziati, che coinvolgono la sfera del diritto contemporaneo, all’opera nella società e nella politica. L’apporto più rilevante, che queste indagini hanno fornito al dibattito teorico e storico, è una diversa, più problematica definizione di “cultura” giuridica: questa non risulta più essere il prodotto di una tradizione unitaria, bensì come un terreno contestato, nel quale i valori e i paradigmi culturali vengono determinati in base alla loro funzione nel quadro di una data struttura, complessa e storicamente determinata, di interessi e conflitti sociali, economici e ideologici (o meglio simbolici). Questo è l’assunto da cui muove la proposta

teorica avanzata da Tarello: va da sé che tale mutamento significativo della nozione di cultura giuridica implica l'obsolescenza tanto della classica concezione antropologica di cultura, intesa come sistema stabile e integrato che racchiude l'insieme dei modelli di pensiero e di azione condiviso dall'organismo sociale e che si trasmette di generazione in generazione, quanto dell'ideale formalistico di cultura, erede della stagione pandettistica della scienza giuridica, come contenuto di verità eterna di cui il giurista sarebbe il custode e la costruzione dogmatica la sua manifestazione privilegiata.

Si possono facilmente intuire le conseguenze che lo statuto disciplinare del giurista può (e secondo Tarello deve) subire al cospetto di un processo storico di tale portata. Se del pandettismo bisogna riprendere il problema di fondo che esso sollevava, e non le soluzioni che proponeva, allora una delle questioni più urgenti riguarderà la natura stessa degli oggetti con cui si trova a doversi confrontare una scienza giuridica rinnovata – e, più in generale, ogni teoria (filosofica, sociologica, antropologica) che pretenda hegelianamente di apprendere il proprio tempo nel pensiero.

Appena si metta da parte quest'aspetto, per cercare la radice storica dell'impostazione problematica e del quadro che Tarello elaborò, subito appare chiaro il nesso della sua opera con lo sviluppo del pensiero giuridico italiano del primo Novecento. Il tono dell'opera di Tarello è certo fornito dal rapporto con la crisi degli anni successivi alla seconda guerra mondiale; ma la concezione della storia giuridica che doveva costituire la base della diagnosi della situazione presente, sono tratti dall'ambiente speculativo italiano a lui anteriore.

Interpretata in questa maniera, l'opera di Tarello appare un momento integrante nello sviluppo dello storicismo giuridico italiano contemporaneo; appare il momento in cui lo storicismo entra in crisi e si trasforma in un relativismo storicistico. Alla sua base sta, infatti, uno svolgimento in senso relativistico del pensiero di Orestano, reso possibile da una trasposizione in termini teorici e filosofico-giuridici dei presupposti sui quali si reggeva. Tarello più volte fa esplicito riferimento a Orestano e da questi ha derivato l'impostazione generale della propria opera, avvalendosi di categorie che erano, seppur riformulate, quelle che lo storicismo orestaniano aveva elaborato¹¹³. Questo rapporto risulta particolarmente chiaro in un punto fondamentale. Tarello ha tratto da Orestano, e mantenuto, la tesi del carattere intrinsecamente storico di ogni aspetto dell'esperienza giuridica, interpretando questa come un insieme di manifestazioni che trovano il proprio significato nel nesso con un particolare ambito temporale; e in tale maniera ha ripreso la polemica orestaniana contro il ricorso a principi di interpretazione dello sviluppo storico forniti di validità universale e necessaria.

Questa derivazione, che rappresenta il fondamento costante dell'opera di Tarello, non esclude però un contemporaneo distacco dall'orientamento proprio della ricerca di Orestano. All'interno del pensiero orestaniano abbiamo visto operare due tendenze opposte: da una parte, la tendenza alla inclusione relativistica del giurista nello sviluppo storico del diritto, poggiante su un'interpretazione della storicità come attributo necessario e necessitante dell'esperienza giuridica, e dall'altra, la tendenza al riconoscimento dell'autonomia del giurista nei confronti della situazione da cui è

¹¹³ Si vedano, ad esempio, i richiami espliciti ad Orestano in G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 10, 73, 99, 139 e 154 s. Sul rapporto Tarello / Orestano, alcuni cenni in P. Becchi, «*Rechtswissenschaft*»: genealogia di un concetto, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 38 (2008), pp. 297 ss. e in F. De Marini Avonzo, *Ricerca storica e storiografia giuridica*, nel volume collettaneo a cura di S. Castignone, *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna 1989, pp. 273 ss.

condizionato, poggiante su un'interpretazione della storicità come limite dell'esperienza giuridica. L'opera di Tarello rappresenta, invece, lo sviluppo unilaterale ed esclusivo della prima tendenza; di modo che, anche quando accoglie il quadro speculativo del pensiero orestaniano, al tempo stesso lo trasforma inserendolo nell'ambito di un fondamentale orientamento relativistico, laddove il modo di intendere la storicità viene da Tarello considerato come il rapporto immediato del giurista con il fattore politico e ideologico del determinato sviluppo storico e ciò come l'ambito determinante di ogni manifestazione dell'esperienza giuridica. Anche qui Tarello si rifà, per estremizzarla, ad una delle tendenze fondamentali operanti all'interno del pensiero orestaniano; e nel fare ciò perviene a trasformare l'analisi dell'esperienza giuridica che Orestano aveva condotto, mediante la traduzione, in termini di necessità, della relazione tra il giurista e la situazione storica.

Questo distacco dal quadro speculativo orestaniano è reso possibile dall'impiego di strumenti offerti dalla concezione politica e ideologica del diritto. Nella prospettiva descritta la nozione di codificazione è colta in modo inusuale, spogliata dai modi convenzionali; Tarello individua una linea e una prevalenza di senso e la decentra, non esaurendo il significato del codice in quella linea.

10.2. Interpretazione del codice e cultura giuridica

Nell'opera di Tarello la crisi dello storicismo filosofico-giuridico si incontra con la crisi culturale contemporanea, caratterizzata dalla caduta della convinzione dell'orientamento progressivo del processo storico e dall'incrinarsi della fiducia nell'indistruttibile sopravvivenza dell'ideologia. Questa crisi muove dal rifiuto di due presupposti centrali della concezione idealistica della storia: il presupposto dell'unità dello sviluppo storico, e quello della sua progressività. Interpretando la storia giuridica come la realizzazione di un principio assoluto ad essa immanente, il pensiero idealistico aveva inteso addirittura additare in tale principio il fondamento che garantisce, in ogni tempo, l'unità dello sviluppo storico e quindi la sua interna continuità. Da ciò deriva pure l'affermazione del carattere progressivo che questo sviluppo deve rivestire: se la storia è la realizzazione di un principio assoluto, essa non può ammettere né soste né ostacoli né tanto meno periodi di regresso e di involuzione. Si trattava di presupposti che anche la storiografia giuridica italiana del primo Novecento aveva contribuito, sul terreno speculativo, a propagare; e quanto essi venissero a distanziarsi da alcuni più importanti e caratteristici atteggiamenti della cultura contemporanea, era apparso chiaro già a partire dall'opera di Bruno Paradisi¹¹⁴. Che la storia giuridica fosse la realizzazione di un principio assoluto ad essa immanente, e che il suo processo avanzasse inevitabilmente in una certa direzione, questo era l'assunto contro il quale si dirigeva la critica, sia del movimento storicistico, sia di altri indirizzi della filosofia giuridica e della cultura del secondo Novecento. A questa critica dava un contributo decisivo una constatazione, che emergeva sempre più dal grande lavoro della storiografia giuridica svolto nel corso dell'Otto-Novecento: la constatazione di diversi movimenti filosofico-giuridici e ideologici, che avevano ognuno un proprio sviluppo e un proprio esito. Tale constatazione incrinava non soltanto lo sfondo teorico, entro il quale la concezione idealistica aveva determinato l'unità e la progressività dello sviluppo storico, ma anche questi presupposti medesimi. Veniva così in luce l'impossibilità di portare ogni manifestazione storica ad un ambito comune; il che significava che ogni manifestazione storica doveva essere considerata come l'espressione

¹¹⁴ B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, cit.

di una certa ideologia, sorta in particolari condizioni di tempo e di luogo, e quindi da queste condizionata. E affiorava il riconoscimento del carattere problematico dello sviluppo storico che si esprimeva in un diffuso, e sempre più cauto, senso di crisi.

La questione della storia della cultura giuridica moderna è uno dei temi decisivi all'interno della riflessione di Tarello¹¹⁵. Rilevante è il problema dell'unità di questa storia – in quanto quest'ultima sia intesa come la risultante di uno sguardo totalizzante congiunto ad un giudizio di valore – e quello del suo rapporto con la molteplicità dei fattori “politici” e delle narrazioni che li riguardano. È da qui, infatti, che emerge – motivato da ragioni di carattere epistemologico – il problema del primato e della necessità di un discorso filosofico sulla storia della cultura giuridica che si collochi sul piano dell'ontologia della storia del diritto: il darsi di una storia della cultura giuridica appare, infatti, da un lato come condizione di possibilità dell'esistenza di temi e soggetti “storici”, dall'altro, come motivo della valorizzazione dell'impegno critico del giurista. In Tarello la storia della cultura giuridica viene concepita come il luogo ontologico dell'unità di molteplici storie – di quelle di singoli giuristi, ma anche di quelle collettive: la storia delle istituzioni giuridiche, quella delle tendenze, delle scuole e così via – è il frutto, insieme, di un giudizio storico-filosofico e di un giudizio di valore. Delineando la storia come il percorso di realizzazione del giurista, risulta tracciabile quella linea che discrimina fra ciò che è essenziale e ciò che non lo è, fra lo “storico” in senso proprio e il caduco, l'empirico.

La lezione di Tarello, da valore d'uso di quella che è stata, fino alla fine degli anni ottanta del Novecento, la storia della cultura giuridica, è diventata valore di scambio della nuova storia culturale del diritto. Tarello aveva per tempo preso le distanze dalle consuete tematiche dei suoi colleghi filosofi del diritto, sottoponendo all'analisi campi e oggetti tradizionalmente esclusi dalla disciplina di appartenenza: la proprietà¹¹⁶, le tecniche processuali¹¹⁷, la codificazione¹¹⁸, il linguaggio giuridico e l'interpretazione¹¹⁹, il diritto sindacale e le ideologie giuridiche¹²⁰; aveva così avviato un proprio stile di militante, opponendo alla figura del filosofo “universale”, pedagogo delle coscienze e dei comportamenti, quella del filosofo “specifico”, che pensa e agisce là dove lavora a cominciare da attività e saperi determinati; aveva fatto del pensare il ‘giuridico’ una politica del diritto, dell'analisi una pratica, liquidando miti, dogmi e ortodossie dominanti. Non più i commenti, le ermeneutiche, le decifrazioni del vero dietro le parole, l'investigazione su ciò che la filosofia del diritto avrebbe svelato o occultato, la corrispondenza tra il mondo giuridico e l'ordine del discorso, ma la questione radicale del pensare il ‘giuridico’.

Emblematico è il tema dell'interpretazione del codice nell'ambito della gerarchia delle

¹¹⁵ Sull'opera di Giovanni Tarello si veda il volume collettaneo a cura di S. Castignone, *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, cit.; N. Bobbio, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 17 (1987), pp. 303 ss.

¹¹⁶ G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-73*, Genova 1973; Id., *Storiografia giuspolitica e interventi della Corte costituzionale in materia di proprietà*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 6 (1976), pp. 593 ss.

¹¹⁷ G. Tarello, *Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna 1989.

¹¹⁸ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit.

¹¹⁹ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; Id., *L'interpretazione della legge*, cit.

¹²⁰ G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano 1967.

fonti di produzione del diritto.

Alla fine degli anni cinquanta, la scienza giuridica avverte che una concezione della Costituzione nei termini di mero limite all'attività del legislatore o dell'interprete, porterebbe ad affrontare il problema nell'ottica dell'individuazione del divario fra la sfera del costituzionale e quella dell'incostituzionale. Viceversa la Costituzione deve essere uno strumento di misura del diritto futuro, nel senso che l'attività di normazione del legislatore o anche quella di interpretazione delle norme, deve poter "dispiegare" il significato della Costituzione scritta, ricreando di continuo le condizioni per la sua applicabilità¹²¹.

In questa prospettiva, nella quale la produzione legislativa si pone come sviluppo necessitato delle norme costituzionali, l'osservanza di queste, oltre che delimitare la sfera di operatività autonoma del legislatore, esplica pure un'attività particolare di dispiegamento delle norme della Costituzione stessa sull'interpretazione del codice civile. La Costituzione rappresenta allora, non solo un punto di partenza, bensì un punto di ritorno dell'operazione interpretativa. La "crisi" del codice, o meglio di alcune parti di esso, per quanto concerne il regime dei diritti della persona e della famiglia, della proprietà, del lavoro e dell'impresa, da vari settori in quegli anni reclamata e sostenuta, per lo più viene individuata in un indefettibile bisogno di ammodernamento di taluni istituti. In questo processo di attuazione e di adeguamento dei valori, anche la dottrina riveste un ruolo non secondario, soprattutto in riferimento alla predisposizione dell'apparato concettuale in sintonia con i nuovi valori e le nuove esigenze, che dal versante soggettivistico patrimoniale si orientano maggiormente verso quello della persona. I giuristi si concentrano sul problema del valore formale e sostanziale della Costituzione, così pure sul rapporto tra il testo scritto e l'operazione attuativa o interpretativa dello stesso. E la risultante è la necessità di tutelare il valore fondante della "legalità" – sia formale che sostanziale – elaborando una categoria di limiti all'attività di interpretazione e individuando il quadro operativo da riservare alla politica¹²².

Il problema dell'unità delle fonti di produzione del diritto si apre in termini nuovi. Un'analisi di questo tipo non poteva essere "neutra" (si pensi al dibattito sull'uso alternativo del diritto¹²³). Essa risultava condizionata dall'approccio dell'interprete, che poteva limitarsi ad ammettere (o progettare) eventuali novità sulla base di bisogni pratici puntuali, oppure poteva radicalmente orientarsi verso una innovazione "sistematica". In un ambito a Costituzione rigida sembrava naturale considerare la relazione fra la norma fondamentale e la normativa ordinaria nei termini di un rapporto gerarchico. Ciò però poneva ugualmente dei problemi. Giovanni Tarello metterà in evidenza come il criterio gerarchico – anche quando fosse applicato al rapporto *Costituzione / normativa ordinaria* – è unicamente definibile in base al significato che l'interprete voglia riferire alla Costituzione¹²⁴; in effetti, la gerarchia potrebbe assumere, in ordine al rapporto di cui si

¹²¹ La tesi è quella di F. Pierandrei, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, pp. 457 ss., ora in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, pp. 141 ss.; Id., *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1962, pp. 550 ss., ora in *Scritti cit.*, II, pp. 645 ss.

¹²² M. Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 15 (1961), pp. 391 ss.

¹²³ Si vedano i volumi collettanei *L'uso alternativo*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Bari 1973. Sul rapporto scienza giuridica e marxismo mi limito a segnalare M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006, *passim*, spec. pp. 71 ss.

¹²⁴ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, pp. 334 ss.

discute, contenuti diversi: in un caso, imponendo la Costituzione come fondamento del sistema normativo; in un altro, configurando le norme della Costituzione quali meri limiti all'espansione dell'attività legislativa; in un altro ancora, ritenendo la Costituzione come tavola di principi che fondano l'interpretazione del diritto¹²⁵.

Temî privilegiati di discussione e riflessione, diventano l'analisi dei concetti giuridici e i loro metodi di formazione; lo statuto epistemologico delle costruzioni dei giuristi e le scelte di valore che in loro intervengono; l'analisi del linguaggio giuridico nella sua dimensione semantica e in quella pragmatica; i metodi dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica e i loro insopprimibili spazi di discrezionalità valutativa. Nel discutere dei metodi della scienza giuridica si pensa che non si possa dare senso alla funzione dei codici e ai modelli del sapere giuridico, senza illuminare nello stesso tempo tutto il processo di sistematizzazione. Si cerca così di stringere i legami tra il metodo giuridico e la sua filosofia: ciò significherebbe tener conto di tutto quello che una riflessione sulle codificazioni apporta alla formazione del pensiero giuridico, per evitare forse il rimettere in discussione troppo radicale, perché fondato su criteri parziali, la nostra idea di sapere. In altra maniera, la dogmatica giuridica estende la sua influenza, cerca le sue certezze, i suoi movimenti di unità, fino al punto forse in cui l'idea di codice tenta di assumere e di assorbire in sé tutti i significati di coerenza, in particolare quelli che la tradizione metteva al livello delle continue orientazioni della dottrina e della pratica.

Consideriamo, dunque, alcune di queste riflessioni cominciando da quelle che tendono a criticare il concetto di legge come strumento onnicomprensivo del 'giuridico', come fonte superiore che può giustificare tutto ciò che emana dalla sua incondizionata universalità. Una tale assolutizzazione irretisce la produzione giuridica, la corrompe, trasmettendole l'ambizione di una creatività illimitata (totalità del codice), legittimando il principio che solo a settori privilegiati della società spetti l'esclusivismo del potere normativo e subordinando integralmente ogni garanzia di autonomia a finalità prestabilite.

Esaltazione indiscriminata, affidamento della positività dei valori storici a poteri egemonici, esasperazione finalistica: questi i rischi dell'universalismo applicato alla legge e ai codici, e contro tali oppressioni la coscienza e il pensiero giuridico devono reagire, se non vogliono compromettere fondamentali condizioni della loro natura critica e problematica. Una prima forma di dogmatismo legalistico si fonda, dunque, sulla pretesa che tutto nella realtà umana si risolva nella legge, nei codici, si costituisca e si disciplini solo attraverso le leggi, e che perciò la conoscenza giuridica non debba avere altro obbiettivo che il rafforzamento crescente della potenzialità demiurgica del codice, rivolta a disconoscere e ad annullare qualsiasi presupposto o orientamento che prenda le distanze da questo compito, qualunque sensibilità che contrasti con tale logica di autocompletezza e di autorealizzazione¹²⁶.

¹²⁵ Alla luce della rivalutazione costituzionale del diritto privato, sono ridisegnate intere discipline del diritto e tra queste il diritto del lavoro, incentrato non più sul rapporto contrattuale, ma sui diritti dei lavoratori, sulle loro garanzie e sull'autonomia collettiva nella contrattazione sindacale. In questo settore disciplinare il filosofo e storico del pensiero giuridico Tarello, con le sue indagini sulle ideologie e sulle potenzialità operative delle dottrine giuridico-sindacali, ha dato un suo importante contributo, tale da essere additato come colui che «ha inventato un modo per intendere il diritto sindacale»: v. M. Bessone, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Bologna 1979, p. 61. Cfr. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale – l'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano 1967, nonché il volume collettaneo a cura di G. Tarello, *Dottrine giuridiche e ideologie sindacali*, Bologna 1973.

¹²⁶ Illuminante sul punto quanto affermato in G. Tarello, *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna 1980, pp. 281 ss.; le ragioni addotte da Tarello mostrano

Il problema dei rapporti tra il codice e gli altri ordini di valori non si presta a facili contemperamenti, a comode conciliazioni e non esclude tensioni e lacerazioni. Il fatto è che l'espansione della legge non può essere delimitata con misure preventive di contenimento, e che essa implica una sfida verso ciò che, considerandosi sovralegale o extralegale, vuole mantenere una sua autonomia di significati.

La disputa circa i poteri creativi della giurisprudenza, in alternativa alla codificazione, come sistema omogeneo e tendenzialmente esclusivo della disciplina giuridica dei rapporti privati, esprime il contrasto fra una concezione del diritto e dello Stato rispondente ad un disegno politico fortemente accentratore, e l'opposta tendenza ad ammettere – attraverso le regole giurisprudenziali – l'espressione di diverse forze creatrici di diritto e l'elaborazione di criteri di valutazione dei conflitti sociali eventualmente difforni rispetto a quelli ufficiali. Dal punto di vista della tecnica legislativa, il conflitto è agevolmente risolvibile in un senso o nell'altro (pur in quegli ordinamenti che non ammettono formalmente la giurisprudenza tra le fonti del diritto) restringendo o ampliando la sfera dei poteri del giudice nell'esercizio dell'attività interpretativa. Il discorso impegnava direttamente Tarello sotto il punto di vista metodologico, con un'inclinazione ad approfondire la problematica decisamente in maniera più intensa rispetto alla generazione precedente (si pensi per la civilistica alle iniziali suggestioni di Giovanni Pacchioni¹²⁷). L'esigenza di orientare gli studi in questa direzione traeva sollecitazione da una volontà di superamento della crisi di identità dei giuristi italiani, i quali, se pure rivelavano una singolare propensione a riprendere in modo creativo suggestioni e istanze metodologiche maturate in aree culturali diverse, non sempre si mostravano altrettanto inclini a misurarsi con un discorso sul metodo che trascendesse il piano dell'analisi giuridica *stricto sensu*, ancorché svolta con strumenti di indagine assai raffinati. Un elemento di riflessione in tal senso, per Tarello, appariva rappresentato proprio dalla ricognizione di aree in cui il diritto è prodotto fuori delle fonti legislative, come accade in quei settori non riducibili immediatamente allo Stato e tuttavia forniti di una innegabile consistenza e vitalità: i meccanismi della legge «negoziata» determinano la necessità di un'interpretazione che sappia portare alla luce il dato tecnico al di là di motivazioni – pur non trascurabili e, il più delle volte, decisive – di carattere politico che sono all'origine della legge. Qui si avverte l'influenza della lezione di Tullio Ascarelli, che in più occasioni aveva mostrato come il settore del diritto commerciale forniva un osservatorio privilegiato sull'incidenza di una prassi che nasceva e si sviluppava in contesti di derivazione non statuale, richiamando l'attenzione del giurista sulla rilevanza dei modi di formazione negoziale del diritto, sull'esercizio delle autonomie collettive, sulle nuove dislocazioni del potere economico nella società contemporanea. Già negli anni trenta Ascarelli aveva introdotto la riflessione sul 'diritto vivente', che «dietro ed oltre la nozione di legge ... si rileva attraverso la pratica

una stretta dipendenza dal pensiero di Tullio Ascarelli (v. su quest'aspetto specifico A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994, p. 53, nota 24). Tarello esplicitamente sostiene che la legge non può definire tutti i termini adoperati nel linguaggio legislativo, necessitandosi così il ricorso a fattori extragiuridici per individuare il loro significato; inoltre, si afferma che l'intervento dell'interprete è inevitabile, a fronte della formulazione generale e astratta della norma del codice, per poter essere questa adeguatamente raccordata alla realtà; anche Tarello, come già Ascarelli, sostiene la necessità di un'operazione di prequalificazione giuridica del caso controverso cui debba applicarsi una norma risolutiva, come momento proprio dell'attività del giurista-interprete.

¹²⁷ G. Pacchioni, *I poteri della giurisprudenza*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 10 (1912), pp. 41 ss.

applicazione degli istituti»¹²⁸. Qui l'elaborazione dottrinale e la casistica giudiziaria si presentavano come passaggi o momenti necessari per la legittimazione dei fatti non immediatamente riducibili al catalogo formale della gerarchia delle fonti di produzione del diritto¹²⁹. La tematica del «diritto vivente» partecipa della complessa questione relativa all'intervento del giudice nel processo di formazione del diritto e al controllo delle valutazioni da lui compiute.

Giovanni Tarello si proponeva una prospettiva di analisi non limitata al rapporto del giurista-interprete con la disposizione di legge, ma si inoltrava a considerare le ulteriori implicazioni relative al rapporto tra la norma e il diritto, considerato quest'ultimo come fenomeno empirico ed esperienziale. La prospettiva si presentava, in un certo senso, opposta a quella tradizionale, propensa ad individuare nella norma del codice l'oggetto della conoscenza giuridica: qui infatti quest'ultima si allarga e si identifica nelle molteplici conoscenze dei soggetti – il giudice in particolare – le cui percezioni, i cui giudizi sono considerati e regolati dal diritto. La finalità non è quindi meramente tecnica, ma appare rivolta ad una fondazione storico-critica dell'attività interpretativa.

¹²⁸ T. Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, p. 451.

¹²⁹ Sulla questione del “diritto vivente” v. i fondamentali studi di Tullio Ascarelli, finalizzati a denunciare l'insufficienza del dato testuale contenuto nelle disposizioni legislative e l'assoluta necessità, da parte dell'interprete, di ricorrere ad elementi extragiuridici per ricostruire il significato del testo normativo. Sul pensiero di questo importante autore e sulla dimensione del contributo apportato alla teoria dell'interpretazione si vedano, oltre ai lavori di L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1954, pp. 191 ss. e Id., *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., pp. 129 ss., il denso saggio di N. Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano 1969, pp. LXXXVIII ss. (poi in Id., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977) e quello di M. Reale, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 60 (1983), pp. 231 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'ermeneutica di Ascarelli, in ordine ai profili posti a fondamento della dottrina del “diritto vivente”, v. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, cit. (i capitoli I, II e III della prima parte); in ordine ai problemi di diritto commerciale, v. B. Libonati, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, III (1997), pp. 551 ss.; M. Barela, *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in “Rassegna di diritto civile”, 2004, pp. 909 ss. Per le implicazioni storiografiche e di metodo cfr. P. Grossi, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Assolutismo e diritto privato*, cit., pp. 323 ss.; nonché A. Sciumé, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2002, pp. 228 ss. Sul campo comune ad Ascarelli e Grossi in riferimento alla funzione ordinante del sapere giuridico di fronte alle esigenze economiche del mercato, v. B. Sordi, *Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in *Ordo juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, pp. 319 ss. Sulle inclinazioni filosofiche v. F. Casa, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli 1999; descrittivo del metodo, il lavoro di M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano 1989.