Gian Paolo Trifone

Storia e dogma. Raffaele Ajello nel dibattito novecentesco sulla metodologia giuridica

History and Dogma. Raffaele Ajello in the Twentieth-Century Debate on Legal Methodology

SOMMARIO: 1. Il valore strumentale della soluzione giuridico-formalistica - 2. Soluzioni non tecniche e solo perciò utili - 3. Storicizzare il diritto - 4. Storia e dogma - 5. Il giusnaturalismo e la proiezione verso l'assoluto - 6. La Pandettistica e l'ideologia della continuità - 7. L'eterno conflitto tra certezza e mobilità del diritto - 8. Saldare le teorie ai fatti - 9. Il positivismo quale condizione operativa del diritto - 10. La gabbia logico-formale.

ABSTRACT: The essay aims to reconstruct Raffaele Ajello's position within the twentieth-century debate on legal methodology. Between the supporters of an idealistic historicism and the defenders of formalistic technicality, Ajello sides with a realistic approach, aimed at considering the problems that law should address in a concrete and political way. Dogmatics, on the other hand, is accused of upholding the substantial equality *sub specie iuris* between ancient and modern law. Beyond mere techniques, law is a social science. Evaluating doctrine and legislation independently of the historical process may lead to a misunderstanding of the legal experience of a whole era.

KEYWORDS: History, Dogmatics, Methodology.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

1. *Il valore strumentale della soluzione giuridico-formalistica*

«Scienza del diritto: a che pro?». Il compito «di stabilire e chiarire le funzioni dell'ordinamento giuridico, di fondare le sue finalità e di giustificarle poi a loro volta con principi generali»[1] è sempre stato considerato problematico. In Italia, intorno alla metà degli anni Sessanta del Novecento, Raffaele Ajello aggiunge le sue riflessioni[2] al già ampio dibattito[3] su dogmatica e metodologia storico-

[1] E. Wolf, *Carattere problematico della scienza del diritto. Discorso pronunciato nella Società Scientifica di Friburgo il 21 dicembre 1952*, ora in J, Hermann-E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano 1964, p. 41.

[2] R. Ajello, *Il preilluminismo giuridico*, (1965), Napoli 2023, p. 33 ss. Ajello ribadirà certe argomentazioni, ampliandole, fino alla fine del suo percorso di studioso. Mi limito a citare R. Ajello, *La parabola del secondo millennio: dal dogmatismo allo sperimentalismo*, *Introduzione* a Id., *Eredità medievali. Paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Napoli 2009; Id., *Dalla sovranità deduttiva al patto sociale*, in «Frontiera d'Europa», 1 (2010), pp. 5-21; Id., *Dalla metafisica alla socialità. La rivoluzione moderna e le ambiguità italiane*, Napoli 2015; Id., *Civiltà moderna. Lineamenti storici e problemi italiani*, Napoli 2018. Sul Maestro napoletano, cfr. i recenti studi di O. Abbamonte, *Raffaele Ajello e il diritto. Notazioni di metodo storico*, in F. Di Donato-S. Scognamiglio-G. Vallone (curr.), *Il diritto utile. Teorie e storiografie del dissenso in una vita per la critica*, I, Napoli 2019, pp. 409-445; Id., *Le domande di uno storico: in ricordo di Raffaele Ajello*, in «Historia et ius», 18 (2020), pp. 1-20; I. Del Bagno, *Spade e toghe nella lezione di Raffaele Ajello*, in F. Di Donato-S. Scognamiglio-G. Vallone (curr.), *Il diritto utile*, cit., II, pp. 645-753; F. Di Donato, *Luci della modernità. Raffaele Ajello e l'irruzione del realismo socio-fenomenologico negli studi storico-giuridici. Storia e destino di una rivoluzione scientifica*, in F. Di Donato-S. Scognamiglio-G. Vallone (curr.), *Il diritto utile*, cit., I, pp. 107-332; D. Luongo, *Ajello e la decostruzione del formalismo giuridico. La* Scientia iuris *nella dialettica dei poteri*, in F. Di Donato-S. Scognamiglio-G. Vallone (curr.), *Il diritto utile*, cit., I, pp. 519-577; M. Tita, *Diacronie del diritto. La dimensione storico-sociale negli studi di Raffaele Ajello e Pierre Bordieu*, Torino 2024.

[3] In questa sede si fa riferimento particolare (ma non esclusivo) agli anni intorno al primo congresso della Società italiana di storia del diritto, che aveva per tema: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Accademia dei Lincei, 1963) e al terzo, su *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, (Firenze 1973). È noto che la discussione sul problema della scienza giuridica abbia avuto inizio ben prima (Vittorio Frosini ne fa risalire il principio al 1848, con la pubblicazione di J.H von Kirchmann, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*. Cfr. V. Frosini, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano 1971, p. 19). In Italia, la prolusione di Emilio Betti del 1927 (*Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico», XCIX (1928), p. 129 ss.) accende il dibattito sul rapporto tra storia e dogmatica. Intorno alla metà degli anni '40 del Novecento un giudizio di epurazione culturale fu emesso nei confronti della vecchia storiografia di stampo positivo-evoluzionista (cfr. I. Birocchi, *Cose di casa: al tempo di Calasso e un poco oltre*, in I. Birocchi-P. Caroni (curr.), *Storici del diritto allo specchio. Sei racconti contemporanei*, Pisa 2022, p. 18 ss.; Id., *Raffaele Ajello nella storiografia giuridica del secondo Novecento*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», XCV (2022), p. 236). Riportare tutte le voci che hanno animato tale disputa sarebbe compito immane. Ci si limiterà, dunque, a

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

giuridica[4], chiamando in causa Giambattista Vico. Secondo l'autore della *Scienza Nuova*, non altro che "barbarie della riflessione" avrebbe potuto definirsi «la conseguenza dell'invadenza di quel razionalismo calcolante e matematizzante, privo di interna storicità, da cui […] era nata finalmente la ragione moderna»[5]. È appena il caso di segnalare che Vico (come, in genere, i giuristi italiani del preilluminismo) «vide una differenza di metodo e di fini politico-culturali, e non di qualità, nei confronti della giurisprudenza medievale ed umanistica»[6], dai cui *habita* era arduo prendere drasticamente le distanze. Tuttavia, il filosofo meridionale, «quando guardava all'ordinamento romano, si preoccupava di scoprire i motivi ideali» nelle *leges antiquae*, costatando come

selezionare le considerazioni di alcuni giuristi che ci sembrano via via più pertinenti. Tra la amplissima bibliografia sull'argomento: G. Tarello, *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, pp. 571-580; B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973; L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in «Studi storici», 1 (1974), p. 3 ss.; P. Costa, *Semantica e storia del pensiero giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1 (1972), p. 45 ss.; Id., *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 7 (1978), p. 311 ss.; Id., *L'interpretazione della legge: Francois Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20 (1991), p. 367 ss.; M. Nardozza, *Tradizione romanistica e dommatica moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino 2007; A. Banfi-M. Brutti-E. Stolfi (curr.), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020.

[4] Per Alessandro Baratta «sembra ormai lontano il clima spirituale del primo dopoguerra, quando ogni aspetto della teoria del diritto si caricava della passione politica del momento e si trasformava immediatamente in materia del giudizio morale sugli avvenimenti del vicino passato. Rimane però irrevocabile la positiva tendenza, che in quel clima si sviluppò, ad una critica interna del pensiero giuridico, ad una indagine storico-culturale su di esso, che cerchi di coglierne alla radice i condizionamenti ideologici, e si trasformi così in vigile critica delle ideologie giuridiche» (*Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano 1966, p. 1).

[5] B. De Giovanni, *Giordano Bruno, Giambattista Vico e la filosofia meridionale*, Napoli 2024, p. 23. Proprio contro la valorizzazione degli elementi progressivi della filosofia di Vico da parte di De Giovanni Ajello polemizzava fin dai primi anni '70. Sul punto, cfr. D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 546. Ajello, in controtendenza con l'opinione comune, «prende di petto Vico come erede della vecchia *Traditio* giuridica e antesignano del pensiero idealistico (ostile quindi alla svolta scientifica) di Kant, Hegel e Croce. Per Ajello, Vico era il filosofo che aveva resistito più di tutti all'irruzione del pensiero moderno nella cultura napoletana (e non solo) del suo tempo, rivestendo la vecchia impostazione metafisica di forme nuove e perciò più subdole e perniciose» (F. Di Donato, *Luci della modernità*, cit., p. 188).

[6] R. Ajello, *La rivolta contro il formalismo*, in Id., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, p. 344.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> già allora venisse emergendo, quale forza a sua volta politica, non solo la mediazione dei giuristi, ma un elemento culturale, l'ideologia stessa, la visione del diritto come *fas*, che le classi dominanti imponevano alle subalterne, ed utilizzavano come strumento di potere, ma anche di organizzazione sociale[7].

In ogni modo, la critica al valore strumentale della soluzione giuridico-formalistica nella prima metà del secolo XVIII consente ad Ajello[8] di mettere il dito nella piaga delle «facili teorizzazioni» a margine della considerazione «concreta e politica» dei problemi cui il diritto dovrebbe far fronte. Come avvertito anche da Luigi Berlinguer, l'orientamento dogmatico-normativistico e l'approccio descrittivo e metastorico della storiografia giuridica hanno impedito un doveroso approccio all'evolversi del fenomeno giuridico, che è stato lasciato estraneo alla dinamica politico-sociale[9]. A parere di Ajello, la dogmatica mostrerebbe, nel passato come nel presente, la «incapacità della sua elaborazione a cogliere il nucleo essenziale dei fenomeni normativi»[10]. Al contrario, la cultura giuridica, «per i necessari sussidi all'esegesi storica delle leggi», non dovrebbe avere un carattere tecnico specialistico, a maggior ragione «così come lo si intende ora, dopo la codificazione e dopo la deformazione positivistica del tecnicismo»[11].

Andando oltre le critiche[12], Ajello condanna la scelta positivistica di isolare il diritto dalla politica da parte di molta storiografia giuridica coeva[13]:

[7] R. Ajello, *Il preilluminismo*, cit., p. 35, n. 89 in cui si riferisce a G.B. Vico, *De universi juris uno principio et fine uno*, Napoli 1720, cap. CLXXIII.

[8] Cfr. R. Ajello, *Presentazione* a *Problemi della storiografia meridionale. Dall'idealismo formalistico al funzionalismo*, in «Frontiera d'Europa», 1 (1995), pp. 5-68.

[9] Cfr. L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., che condivide con Ajello la critica al metodo di Calasso: «il diffondersi del manuale di Calasso nelle università ha definitivamente precluso ad intere generazioni di studenti un minimo di informazione sulle manifestazioni giuridiche dell'età moderna, lasciando nelle tenebre fenomeni di non secondaria importanza come la formazione dello Stato moderno, il razionalismo giuridico, giusnaturalismo e illuminismo, la codificazione e la costituzionalizzazione borghesi, lo Stato unitario italiano» (p. 11 ss.).

[10] R. Ajello, *Il preilluminismo*, cit., p. 35. L'indirizzo dogmatico-normativistico ha improntato di sé il lavoro storiografico, anche se non sono mancate eccezioni, come il socialismo giuridico di Giuseppe Salvioli e Pietro Torelli e la parentesi crociana del secondo dopoguerra. In entrambi i casi, però, queste correnti sono rimaste estranee all'indirizzo di fondo, sempre formalistico (cfr. L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 7 ss.).

[11] R. Ajello, *Il preilluminismo*, cit., p. 33.

[12] Una da parte anche del suo maestro Bruno paradisi, che, descrivendo il lavoro di Ajello, rileva «un eccesso di considerazioni ideologiche, politiche, sociali e di costume, che minacciano non di rado di inghiottire l'oggetto specifico della storia giuridica» (B. Paradisi, *Apologia*, cit., p. 256).

[13] Cfr. I. Birocchi, *Raffaele Ajello*, cit., p. 238 ss.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> una storiografia giuridica ancora chiusa in uno splendido isolamento tecnico ed erudito è causa non ultima delle carenze evidenti nel dibattito dottrinale giuridico che si svolge nel nostro paese: un dibattito in cui la dimensione politica del diritto, non solo da chi la rifiuta (in realtà per servirsene meglio), ma anche da chi la riconosce ed afferma (per usarla più consapevolmente), appare priva di precedenti, di sfondo storico[14].

Se la storiografia medievistica ha perlomeno conservato una certa sensibilità per l'elemento dinamico-evoluzionistico, è soprattutto la scienza romanistica ad avere mantenuto una irriducibile vocazione dogmatica, a partire dalla considerazione della compilazione giustinianea come patrimonio imperituro e sempre valido (quindi non storicizzabile). Limitandosi all'esegesi degli istituti secondo una logica sistematica atemporale

> si è voluto elevare a valore la dottrina giuridica romana, accettandone una proiezione in epoche diverse dalla sua e curando pertanto di definirne i contorni dogmatici più che analizzarne i rapporti causali – storicamente rilevanti – con la struttura sociale del tempo[15].

Nell'intento di cercare nella dinamica storica la conferma dei modelli classici, la romanistica avrebbe abbracciato acriticamente l'idea di un diritto comune inteso come sistema giuridico omogeneo, in una sorta di contemporaneità inesistente.

Il formalismo, che Berlinguer non avrebbe esitato a definire «pedantismo», si pone in conflitto col senso comune nel momento in cui da dottrina scientifica diviene ideologia e persino norma di condotta e di orientamento degli apparati della vita pubblica:

> vi concorrono in tutta la loro influenza la deresponsabilizzazione del giurista, il suo tecnicismo esasperato, l'ermeneutica formale, che dai tempi della codificazione napoleonica e del consolidarsi del diritto moderno hanno nel nostro secolo toccato fasi estreme[16].

Si è trattato, invero, di un *modus operandi* proveniente da lontano. Non è un caso che, dopo la polemica illuministica contro la visione «pangiuridica e sintetica» dei dottori del diritto comune, la restaurazione post-rivoluzionaria abbia voluto rifugiarsi nel tecnicismo formalistico, «contro ogni contaminazione politica». Gli studi di antico regime, insomma, dovrebbero scavare a fondo nelle

1414 R. Ajello, *Arcana juris*, cit., *Introduzione*, p. 4.

15 L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 20.

16 Ivi, p. 54.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

intenzioni dei "sacerdoti" del diritto, che miravano a conservare uno *status quo* favorevole al governo delle *élite* burocratico-ministeriale, a margine di una gerarchia di valori predefinita e immobilizzante[17]. Il fenomeno ha avuto, come detto, rilevante portata ieri come oggi, rendendo ottimi servigi alle classi dominanti[18]. Se da un lato gli equilibri imposti dalla tradizione devono essere preservati al fine del controllo sociale, per altro verso l'armamentario formalistico si rivela il più potente deterrente della giustizia sostanziale[19].

2. *Soluzioni non tecniche e solo perciò utili*

È subito opportuno precisare che non dovrebbe esistere una storia giuridica distinta dalla storia economica, sociale, politica[20]:

> individuare la storicità come connotato generale e generico del fenomeno giuridico (anche fino a identificare la scienza del diritto con la scienza della sua storia) significa poco – non altro che la constatazione storica della continuità del diritto nella storia – se poi non si spinge l'analisi fino a intravedere quale sia la sua specifica storicità, che dia conto della sua continuità (apparente/reale) e delle mediazioni (diritto/economia; diritto/politica; diritto/dominio) che questa continuità riproduce rispetto agli altri livelli della totalità sociale ed alle loro trasformazioni materiali[21].

[17] Cfr. D. Luongo, *Al tramonto della Respublica dei togati. Dibattiti giuspolitici nel Settecento napoletano*, Pozzuoli 2023, p. 15 ss.

[18] Nella fattispecie, Berlinguer interpreta il fenomeno in chiave marxista di «proiezione e strumentalizzazione pratica nella storia dello Stato borghese, della sua burocrazia, del suo ruolo particolarmente repressivo ed antipopolare» (*Considerazioni*, cit., p. 54). Se ne dirà ancora in seguito.

[19] Orazio Abbamonte riferisce della «metodologia imperante con carattere pressoché esclusivo» nei primi anni Sessanta del Novecento, quando Ajello pubblicò la sua prima monografia (*Il problema della riforma giudiziaria e amministrativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, 1. *La vita giudiziaria*): «si voleva che la storia del diritto si compisse attraverso quelle fonti tecniche, le uniche in grado di porre lo studioso su d'una linea di ricostruzione teorica ed astraente del dato giuridico […]. Si tratta d'una visione che continua ad essere ben rappresentata negli studi storici ancor oggi e che si avvale pure di una implicita base teoretica, fondata sull'assunto che la specificità del diritto richieda specificità di mezzi, maturati all'interno della stessa cultura giuridica» (*Le domande di uno storico*, cit., p. 6). Sulla opzione realistica di Ajello, cfr. anche O. Abbamonte, *Raffaele Ajello e il diritto*, cit., p. 415 ss.; M. Tita, *Diacronie*, cit., pp. 81, 155, 167.

[20] Sul punto, cfr. D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 527.

[21] A. Schiavone, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in «Democrazia e diritto», 2 (1973), p. 72.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

Nei primi anni Settanta del Novecento, una critica profonda alla «sovrastoricità» del diritto romano sarebbe arrivata proprio da parte di un romanista. Da una prospettiva marxista – non del tutto condivisa ma attentamente considerata da Ajello[22] -, Aldo Schiavone denuncia la inferenza nella storiografia giuridica moderna di una «ideologia della continuità» sostenitrice della «sostanziale eguaglianza *sub specie iuris* fra antico e moderno»[23]. Ma davvero il latino dei testi è elemento sufficiente per azzerare le distanze, ovvero ignorare più o meno consapevolmente cambiamenti storico sociali di enorme portata? Limitandosi alle ricerche di diritto positivo, la storiografia giuridica «continuista» imbriglia il tempo storico in una sorta di statica circolarità, così che «viene ad essere vanificato l'oggetto della ricerca come oggetto storico, legato cioè ad una specifica formazione sociale, ed alle scansioni del suo sviluppo»[24]. Ogni sforzo della ricerca interpolazionistica è destinato dunque alla ricostruzione di un sistema astorico, libero da scorie, immobile nella sua purezza classica, nel quale si possa meglio riflettere il presente. Con riferimento alla nuova legislazione positiva:

> le grandi codificazioni europee del secolo scorso non hanno affatto avviato la romanistica (o l'italianistica o la germanistica) verso la storia […]. *Corpus iuris* e codici moderni divengono così i punti di riferimento di due discorsi paralleli che, utilizzando anche tecniche tra loro diverse, si propongono un risultato unitario[25].

Solo a partire da questa consapevolezza si può tentare di rifondare lo studio del diritto, per restituirgli una dimensione «storicamente determinata»[26].

Anche secondo Ajello definire «entro un limite qualsiasi» l'oggetto della storiografia equivale a «porle ostacoli» teoreticamente fuorvianti e, in buona sostanza, impedisce anche la esatta ricostruzione «di quell'aspetto tecnico che si vorrebbe privilegiare», laddove il tecnicismo andrebbe inteso piuttosto come «veicolo delle ideologie e degli interessi economici e politici dei giuristi»[27].

---

[22] Ajello non disconosce lo sforzo di certi giuristi marxisti di superare l'impostazione che vede il diritto come invenzione della classe dominante. Il tema è ampio e, in questa sede, ci basti il riferimento a R. Ajello, *La rivolta*, cit., in particolare la densissima n. 24, p. 289.

[23] A. Schiavone, *Storiografia giuridica*, cit., p. 67.

[24] Ivi, p. 69.

[25] Ivi, pp. 70-71.

[26] *Ibid.*

[27] R. Ajello, *Arcana juris*, cit., *Introduzione*, p. 5. Massimo Tita ha parlato di «un sistema asimmetrico e meccanismi di compensazione che hanno riguardato la sfera politica e quella culturale: nella prima ha operato come salvaguardia il praticismo compromissorio, nella seconda hanno trovato spazio l'esaltazione di una primazia scientifica capace, nelle intenzioni di chi la sosteneva, di attenuare l'insoddisfazione per i disagi del presente» (*Diacronie*, cit., p. 89).

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

D'altronde, l'elemento giuridico, «ancorché visto, secondo moduli vecchi, da un'angolazione prevalentemente ideale e teorica», è illuminante per la comprensione delle forme di organizzazione socioculturale di antico regime, sulla scorta di valori deontologicamente validi e di «schemi definitivamente precostituiti». Adeguatamente considerati, questi elementi risultano chiarificatori di come il tecnicismo gius-formalistico veicolasse le ideologie giuridiche dell'età moderna a tutto vantaggio dei giuristi, per «la loro effettiva incidenza nel governo della cosa pubblica»[28].

Con ricadute che riguardano in buona misura anche l'attualità:

> una deformazione professionale che non solo è all'origine di molte delle gravissime deficienze di funzionamento del nostro sistema giudiziario, ma che fa sentire la sua persistente influenza in prospettiva, orientando verso vaghe, fumose ed improbabili soluzioni idealistiche[29].

Ancora oggi, infatti, l'ordinamento legislativo soffrirebbe la lentezza del formalismo dal momento che sacrifica l'aspetto pratico della "situazione" giudiziaria. Tale modo di vedere è residuale «di quelle antiche mentalità che l'esperienza moderna, anche per influsso della cultura anglosassone, si avvia a considerare con sempre maggiore perplessità»[30]. Ciò si sarebbe rivelato tanto più vero in contesti come quello che Paolo Grossi avrebbe definito della «pos-modernità»[31], in cui l'estrema pluralità e divergenza del dettato normativo fa fronte alla complessità propria dei sistemi socio-politico-economici. Oscillando il diritto «paurosamente tra subalternità alle esigenze di governo e al suo uso alternativo, ossia politico, tra iperrealismo e ipermoralismo», nell'intero vecchio continente mancherebbe ormai «una ragione giuridica capace di governare il diritto contemporaneo»[32]. A dispetto di una elaborazione dogmatica troppo stringente,

[28] R. Ajello, *Arcana juris*, cit., *Introduzione*, p. 5. Sul punto di vista di Ajello circa le scelte dei giuristi «imputabili a valori ontologici, quindi insuscettibili di discussione e critica razionale», cfr. O. Abbamonte, *Raffaele Ajello e il diritto*, cit., p. 432 ss. Sulla via di uscita "endogiurisprudenziale" dalle criticità presenti nelle istituzioni, cfr. D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 522.

[29] R. Ajello, *Arcana juris*, cit., *Introduzione*, p. 10.

[30] Ivi, p. 69.

[31] Tra la vastissima produzione del maestro fiorentino, mi limito a citare *Costituzionalismi tra moderno e pos-moderno*, Napoli 2017; *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 47 (2018), pp. 9-19. È altresì nota la disputa accademica tra Ajello e Grossi su cui si sofferma ampiamente F. Di Donato, *Luci della modernità*, cit., p. 141 ss.

[32] R. Ajello, *Per un'esperienza realistica del diritto*. *Presentazione* a A.J. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri* (1975), Napoli 1993, p. XVII.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

sarebbe il caso di andare alla ricerca di soluzioni «formative, umane, non tecniche, e solo perciò utili»[33].

Si tenta, insomma, di dimostrare la «impossibilità di configurare autonomi significati sia della realtà normativa, sia di quella dogmatizzazione dei dogmi che è la sistematica giuridica», laddove l'una e l'altra andrebbero piuttosto riempite di contenuto storico. Solo in tal modo sarebbe possibile cogliere il dato reale della «esperienza giuridica»[34].

Nella migliore delle ipotesi, l'atteggiamento «mitizzante» di una scienza giuridica troppo spesso astratta e dogmatizzante rischia di restituire una mera «disciplina scolastico-didattica»[35]. Ma anche sul significato di taluni termini si dovrebbe cercare di fare chiarezza. In una erudita risposta a Francesco Carnelutti, Francesco Calasso nota «come il processo mentale dello storico che sta fra l'accertamento del dato e l'estrinsecazione, cioè la reviviscenza del dato, corrisponda al processo poetico del *mythos*»[36], laddove la creazione (*poiéin*) ha sempre un punto di partenza fornitogli dal dato reale, ma la *pràxis* è il percorso di elaborazione che non può mai essere decisivo, ossia stabilito definitivamente. Se «per gli antichi – soprattutto Platone e Aristotele – *methodos*, secondo il suo etimo che vuol dire "via per…", aveva designato essenzialmente il momento dell'indagine, dell'investigazione»[37], accertare significa non altro che constatare, a fronte di un'attività logica e critica[38].

Un elogio soltanto apparente del metodo sperimentale. È sempre Ajello ad eccepire che «connesso alla concezione umanistico-platonica» della società era l'ideale di una giustizia «custodita dai saggi e di una scienza giuridica capace di autogovernarsi e di guidare l'ordinamento in base a principi etici, acquisiti attraverso la meditazione e l'esperienza del passato»[39]. Col rischio che constatare potesse significare interpretare l'esistente alla luce dell'elemento valoriale, sicuro e stabile, contro «l'insicurezza della situazione esistenziale»; rimanendo

[33] R. Ajello, *Il preilluminismo*, cit., p. 35, n. 88.

[34] Ivi, p. 34. Per Ajello «la specificità del giuridico è stata già una forma di mistificazione ideal-formalistica della vera essenza del diritto e dello spazio da esso effettivamente occupato all'interno delle dinamiche sociali; una sorta d'autorappresentazione *ad usum*» (O. Abbamonte, *Le domande di uno storico*, cit., p. 8).

[35] R. Ajello, *Il preilluminismo*, cit., p. 34.

[36] F. Calasso, *Metodo e poesia*, in Id., *Storicità del diritto*, Milano 1966, p. 134.

[37] Ivi, p. 139.

[38] Cfr. F. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milano 1936, p. 15 ss.

[39] R. Ajello, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 1 (1972), p. 183.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

all'interno dello «schema provvidenziale»[40] e, anzi, rafforzandolo[41]. Senza trascurare, per traslato, che la deformazione gius-formalistica non si verifica soltanto nell'«abuso delle costruzioni dogmatiche», ma anche sotto gli aspetti de «l'interesse estrinseco per tematiche stereotipe e l'erudizione fine a se stessa». Con le parole di un giureconsulto del Seicento, Gennaro D'Andrea: «quid hoc […] ad praxim pertinet?»[42].

3. *Storicizzare il diritto*

Negli stessi anni in cui Ajello critica la riluttanza degli storici ad uscire dalla gabbia formalista, problemi di ordine sociale pretendono analisi realistiche. In campo penalistico, ad esempio, il rapporto tra sistemi puntivi e ideologie richiede una indagine imprescindibile dalla ricostruzione storica. Il dogmatismo, a parere di Mario Porzio, produce confusione e incertezze[43]. Non è dunque possibile ricostruire lo svolgimento del diritto penale sul piano esclusivamente logico-sistematico. Il riferimento è all'indirizzo tecnico-giuridico introdotto da Arturo Rocco, che, attraverso la radicale formalizzazione della disciplina, ha

[40] *Ibid.*

[41] «Movendo da posizioni evidentemente ispirate all'idealismo individualistico e spiritualistico – in sostanza all'hegelismo di destra, mediato dalla lezione crociana – il grande storico romano era indotto a porre in secondo piano le condizioni sociali di possibilità nel farsi giuridico» (O. Abbamonte, *Giurisprudenza e storicità del diritto. Contributo ad un possibile rinnovamento della storiografia giuridica ed al compito dell'attività giurisprudenziale nella formazione del diritto e del giurista*, in «Iurisdictio», 2 (2021), Contributi – I, p. 6). Sembra evidente che l'esclusivo interesse medievalistico di Calasso sia stato condizionato dalla componente romantico-nazionalistica, laddove la cultura giuridica italiana di allora si presentava come egemone, tanto più se ricollegata alla tradizione giuridica romanistica, punto di riferimento indiscusso della tradizione giuridica europea (cfr. L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 12 ss.).

[42] R. Ajello, *Formalismo*, cit., p. 178, n.1. Sull'avversione di Ajello per l'ontologismo-formalismo e la retorica dei valori, cfr. F. Di Donato, *Luci della modernità*, cit., p. 208 ss.

[43] Il riferimento è alle analisi della nuova legislazione penale sovietica e del progetto tedesco di Codice penale da parte della dottrina contemporanea, che «ha rivelato uno sbandamento di opinioni ed uno stato generale di estrema incertezza nel giudizio sulla effettiva portata ideologica di quelle riforme, fino ad attribuire opposte origini politiche a medesimi principi e istituti giuridici» (M. Porzio, *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli 1965, p. 80). Attento alla contrapposizione tra dogmatica e interpretazione nel campo penalistico è anche Dario Santamaria: «il valore di un fatto dipende dalla sua conseguenza giuridica, o, per meglio dire, dal collegamento che la norma stabilisce con un effetto giuridico». Pertanto, è impossibile scindere i due momenti dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto (D. Santamaria, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, p. 7).

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

respinto ogni contaminazione con gli elementi etici, sociali e politici; fino ad escludere il fine o lo scopo degli istituti giuridici medesimi[44]. Ma

> i condizionamenti storico-ideologici dei rispettivi assetti sistematici […], se indubbiamente intaccano la purezza di ogni dogmatica giuridica, ripropongono alla riflessione degli studiosi l'autentico e genuino contenuto della realtà normativa[45].

Il rapporto tra politica e diritto, insomma, è fondamentale, e soltanto può essere indagato attraverso l'analisi storica degli istituti. Tra contenuti e forme non vi sarebbe che una rispondenza presunta. Basti pensare alla concezione retributiva della pena,

> che i vari pensatori nel corso dei secoli verrebbero a riproporre nella sua immutabile e rigida fisionomia. Una immagine siffatta è appunto il portato della mentalità dommatica che, intenta solo a fissare le costanti dei fenomeni, gli aspetti formali, ha finito per perdere di vista quanto diversi fra loro siano invece i contenuti che vengono rinnovandosi entro quelle forme, oggetto esclusivo del loro interesse[46].

Se «non esiste nell'ambito del diritto penale un aspetto tecnico autonomo», gli assetti normativi e le costruzioni dogmatiche costituiscono le «proiezioni di un processo storico-politico in continua evoluzione»[47].

Ciò vale per tutti i sistemi giuridici, laddove la *scientia iuris* non può rifugiarsi nel rigore formale come unica preoccupazione:

> la *prudentia iuris*, si potrebbe dire, consiste invece nell'impasto tra il diritto come forma e la realtà sociale come sostanza. Con la conseguenza che l'uno e l'altra devono incontrarsi, a pena d'irricevibilità del diritto da parte della realtà sociale o di prevaricazione dispotica del primo sulla seconda[48].

Che si misuri con l'autorità dello Stato-legislatore, secondo i moduli continentali; o con la maggiore libertà dagli schemi razionalistici del sistema anglo-americano, la scienza giuridica «deve spiegare il diritto vigente, e per poterlo meglio comprendere e valutare deve lavorare con metodo storico»[49].

---

[44] Sul tema, mi permetto di rinviare a G.P. Trifone, *L'elemento politico nell'interpretazione della legge penale secondo la dottrina del periodo fascista*, in «Historia et ius», 13 (2018) – paper 9.

[45] M. Porzio, *Sistemi punitivi*, cit., p. 84.

[46] Ivi, p. 99.

[47] Ivi, p. 93.

[48] G. Zagrebelsky, *La giustizia come professione*, Torino 2021, p. 163.

[49] E. Wolf, *Carattere problematico*, cit., p. 57.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

In occasione della commemorazione di Luigi Moriani, tenuta nell'Università di Pavia, Filippo Vassalli aveva sposato la tesi del compianto romanista, sostenendo che lo studio del diritto dovrebbe essere «*esegetico*, chiarire cioè la dizione, il senso, fissare il concetto delle norme; poi *storico*, osservare cioè la norma nei suoi precedenti di formazione fino all'origine; e infine *critico*»[50]. A parere di Vassalli, adottare una sistematica e una dogmatica estranee allo sviluppo storico del diritto nuocerebbe alla comprensione degli ordinamenti giuridici antichi o contemporanei, nazionali o stranieri. La sua critica si rivolge in particolare alla pandettistica tedesca ottocentesca, che aveva costruito «sulla base della compilazione giustinianea, considerata come un tutto unitario, dogmi e principi atti al regolamento giuridico dei rapporti del proprio tempo»[51]. Il rischio è che, nella esposizione del diritto anteriore, lo studioso moderno adoperi le proprie categorie sistematiche adattandole «grossolanamente» all'oggetto di studio. Ciò determinerebbe una «contaminazione di concetti discrepanti o incompatibili», per una ricostruzione fatta «con procedimenti logici che non sono per intero sviluppati nelle fonti» analizzate[52].

Quando si tratta di stabilire se sia opportuno ricorrere ai concetti della dogmatica moderna per l'interpretazione di sistemi giuridici distanti nel tempo, si oscilla sostanzialmente tra una risposta affermativa - basata sulla constatazione che le categorie scientifiche sono pressoché le medesime che si sono evolute in secoli di esperienza e, dunque, lo studio delle fonti restituisce un insieme di regole pratiche la cui riconduzione a sistema non può che corrispondere alla sensibilità degli osservatori successivi - ed una risposta negativa - per cui la dogmatica scaturirebbe da un complesso di principi e canoni interpretativi relativi ad un sistema storicamente determinato, per modo che «non si possono trasportare i suoi schemi dal sistema per cui sono nati ad un altro senza falsare quest'ultimo»[53]. In altre parole, non si potrebbe fare riferimento ad uno schematipo valido per ogni occasione. Per Vincenzo Arangio-Ruiz, secondo una osservazione «concreta» della realtà, il diritto non si lascia mai «imbalsamare in una codificazione», pertanto non si può segnare «un confine certo fra l'applicazione del diritto esistente e la creazione del diritto nuovo»[54].

[50] F. Vassalli, *Storia e dogma. Ricordandosi nell'Università di Pavia il prof. Luigi Moriani*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano 1960, p. 449.

[51] Ivi, p. 456.

[52] Ivi, p. 457.

[53] V. Arangio-Ruiz, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in «Il Foro Italiano», 59 (1934), c. 49.

[54] Ivi, c. 64.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

4. *Storia e dogma*

Bruno Paradisi considera il rapporto tra storia e dogma problema non solo della storiografia giuridica, ma della scienza del diritto in generale, a fronte della crisi del diritto contemporaneo[55]. A suo giudizio, la dogmatica è una sorta di filologia del diritto. Non che lo storico possa ignorarla, ma la più perfetta filologia non si costruisce se non a partire dalla piena valutazione del significato umano dei fatti. Il dogmatismo, insomma, si scontrerebbe con lo sviluppo continuo della storia che non è solo giuridica, ma sociale nel suo complesso. Fuori da essa, la dogmatica finirebbe con l'essere «il risultato di una fatalità interna del diritto»[56]. Il punto è che anche il dogma è un «fatto storico», che l'interpretazione pone sullo stesso piano degli altri fatti della storia.

> Se questo è vero vuol dire che la qualità giuridica dei fatti non è loro attribuita in primo luogo ed esclusivamente da un pensiero tecnico, ma che essa è anteriore a questo pensiero ed è da esso riconosciuta ed interpretata[57].

Uno dei più insidiosi ostacoli per una corretta concezione della storia è costituito proprio da «la pretesa esistenza di entità immutabili di natura razionale, le cui linee esistenziali si ripeterebbero sempre»[58].

Colloquiando con i giuristi, Calasso muove una critica alla scienza romanistica o, più precisamente, a quella «fase romanistica della dottrina del diritto civile» che «si trascina rivelando da ogni parte le sue insufficienze e i suoi anacronismi»[59]. Tema di discussione è l'orientamento «accentuatamente dogmatico», che ha dominato la romanistica moderna erede della pandettistica, «contrariamente a quella che sarebbe dovuta essere la sua naturale funzione di scienza eminentemente storica». Per meglio dire, si sarebbe trattato di un compromesso fra due dogmatiche (romanistica e civilistica), «impossibile e illecito,

[55] Tale è la crisi dei valori giuridici, relativa sia ai diritti codificati sia alla *common law*. I due sistemi si incontrano a ritmi frenetici e «la rapidità con la quale è oggi possibile comunicare il pensiero provoca una modificazione del metodo delle scienze giuridiche» (B. Paradisi, *Apologia*, cit., p. 260).

[56] Ivi, p. 271.

[57] Ivi, p. 261.

[58] Ivi, p. 262.

[59] F. Calasso, *Colloquio con i giuristi*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri* (1959), ora in Id., *Storicità*, cit., p. 165.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

se è vero che la dogmatica è la coscienza riflessa di un'esperienza», improponibile «in contemplazione di mondi profondamente diversi»[60].

Fatto sta che, a detta di Calasso, la dottrina romanistica ha affinato la sua formazione culturale nella penetrazione della struttura degli istituti, senza troppo badare al loro senso storico. A suo parere, il metodo interpolazionistico restituisce «un'altra astrattezza», dal momento che i romanisti interessati al diritto intermedio hanno saltato a piè pari i secoli dell'alto medioevo, per ricongiungersi alla esegesi dei glossatori, visti come meri interpreti del diritto giustinianeo. Guardato da questo angolo di osservazione, il diritto comune apparve «una sorta di soprastruttura al sistema giustinianeo», così come quest'ultimo era sembrato la «soprastruttura al sistema del diritto classico»[61].

Abituatisi ben presto a considerare l'epoca del rinascimento medievale come una «sfilacciata appendice della storia del diritto romano», molti romanisti finiscono col mettere sullo stesso piano «una interpretazione della Glossa accursiana o di Bartolo o di Cuiacio». Ma la visione del diritto intermedio come esclusiva opera di scuola o di dottrina fa loro ignorare il diritto «come fatto di civiltà»[62]. Ne risulta un vuoto storico tanto pericoloso perché «volto a creare le innaturali fratture fra storia e teoria, che danno ragione della scarsa sensibilità del giurista moderno per il problema storico del diritto sul quale egli opera come teorico o come pratico». Sicché la storia del diritto finisce per essere considerata tuttalpiù «un prontuario di risposte alle sue curiosità, se non addirittura ai suoi bisogni pratici o professionali»[63]. La conoscenza della storia giuridica dovrebbe invece fornire la «consapevolezza dell'accaduto»; formare una mentalità relativistica tale per cui il giurista possa ricordare la «sostanza umana» del diritto, lontano dalle «spire dell'astratta dialettica di cui si compiace»:

> egli ha come oggetto dei suoi studi i diritti del *privus*, vale a dire dell'uomo-individuo, «colui che sta da sé» secondo l'etimo della scultorea parola latina, per la cui utilità esiste tutta la branca del diritto che quel giurista studia, ma che, nella squallida realtà che ci circonda, ha potuto apparire […] come un astratto paradigma di forze, un'astratta capacità di obbedienza, una forza puramente passiva, destinata a naufragare nel gruppo[64].

Il pericolo è lo «scetticismo» giuridico in cui – a detta del maestro leccese - soprattutto il civilista può precipitare. Ma non soltanto. Anche in ambito

[60] Ivi, p. 166.

[61] Ivi, p. 167.

[62] Ivi, p. 168.

[63] Ivi, p. 169.

[64] Ivi, p. 170.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

penalistico, a dirsi scettico nei confronti della dogmatica sarebbe stato Paolo Rossi: «questo catalogare, con dotta semplicità, il bene e il male, il lecito e il proibito; questa aritmetica ponderale delle colpe e delle espiazioni» significa «ridurre a schemi la mistica coscienza»[65]. Secondo il penalista, l'agnosticismo imperante andrebbe sconfitto partendo da un'analisi del fatto, perché la ricerca del contenuto del diritto appartiene alla politica, «che è la realtà giuridica stessa»[66]. Contro il dogmatismo, solo un'attitudine scettica importerebbe «la continua revisione di principi e dei mezzi», richiamando «ogni giorno il peso dell'esperienza» e scoraggiando «il razionalismo miracolista»[67].

E tuttavia la storiografia giuridica appare ancora una disciplina «elegante, fatta di testi colti, di dispute raffinate sulla loro interpretazione, di rapporti immutabili, dietro i quali sembra essersi fermata la realtà economico-sociale»[68].

Ciò detto, ad Ajello il medesimo Calasso non sarebbe apparso immune da alcune semplificazioni, quando parte dal presupposto per cui fin dal secolo XVI «il diritto statuale è l'unica fonte normativa, in quanto emana dal *princeps* che impersona lo Stato e dalla cui validità ogni altra fonte di diritto rileva»[69]. Tali affermazioni diventano a loro volta dogmatiche ossia «incapaci di rendere la realtà», fatta di rapporti ben più complessi tra le fonti normative, al di là della gerarchia formale impostasi con l'umanesimo in seguito alla crisi dell'universalismo medievale[70]. Del resto, a detta di Calasso, il principio non sarebbe cambiato rispetto al medioevo: «la sovranità medievale non è comprensibile se non entro l'orbita della legalità»[71]. Porre il *princeps* al vertice di una piramide ordinamentale diventerà lo scopo delle teorie giusnaturalistiche.

---

[65] P. Rossi, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Messina-Milano 1937, p. 2. Sul punto, mi permetto di rinviare a G.P. Trifone, *Una voce fuori dal coro. Paolo Rossi nel dibattito sulla pena di morte durante il fascismo*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XC (2017), p. 293 ss.

[66] P. Rossi, *Scetticismo*, cit., p. 15.

[67] Ivi, p. 52.

[68] G. Ambrosini, *Diritto e società*, in *Storia d'Italia*, I. *I caratteri originali*, Torino 1972, p. 307.

[69] F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 125.

[70] Sulla critica di Ajello a Calasso e al medievismo storico-giuridico, cfr. F. Di Donato, *Luci della modernità*, cit., p. 115 ss.

[71] F. Calasso, *Introduzione*, cit., p. 166. Va puntualizzato che Calasso «non fu affatto antidogmatico: semplicemente condannava la dogmatica come chiave esclusiva per comprendere il diritto e dunque come strumento separato dalla vita sociale» (I. Birocchi, *Cose di casa*, cit., p. 43). Sulla sua ottica storico-dogmatica svincolata sia dagli esiti positivistici che da quelli codicistici di regime, cfr. I. Birocchi, *Sul crinale del 1944: Filippo Vassalli e la reinvenzione del ruolo della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma dopo la caduta del fascismo*, in M. Cavina (cur.), *Giuristi al bivio. La Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna 2014, p. 259; D. Quaglioni, *Storia del diritto e identità disciplinari: dalla caduta del fascismo ai primi anni Settanta*, in I. Birocchi - M. Brutti (curr.), *Storia del diritto e identità disciplinari:*

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

A giudizio dello storico napoletano, si tratta di una soluzione di comodo: nel corso dell'età moderna, i giuristi erano ancora e sempre pronti ad accettare la legalità sull'assunto *principum populorumque consensu*, consapevoli del loro ruolo di mediazione, in una società in cui le rappresentazioni del potere erano funzionali al suo concreto esercizio:

> il loro ossequio e rispetto verso la *voluntas principis* diveniva meramente formale, nella misura in cui [i giuristi] conoscevano la realtà demitizzata del diritto principesco e credevano alla dignità del loro mestiere ed alla validità della loro *scientia*[72].

Storicizzare il problema della scienza formalistica fa comprendere che le sue origini sono antecedenti agli inizi del secolo XIX, periodo a cui normalmente il giusformalismo si fa risalire[73]. A tal riguardo, il tentativo di Kant fu quello di dare una «mediazione critica» e «non più metafisica» al diritto[74]. Tradizionalmente, la scienza giuridica, anziché approntare rimedi concreti ad esigenze emergenti, preferisce «regole date», sedimentate, obiettive. Gelosi del proprio ruolo di custodi di una giustizia in cui si confondono valori «etici, giuridici, civili»[75], i giuristi devono elevarsi dalla realtà per venire «incontro ad essa ad altro livello». A siffatto formalismo astratto, l'illuminismo ha cercato a sua volta di opporre un diverso formalismo di tipo pragmatico[76]. Si tratta pur sempre di due idealismi, sebbene diversi: laddove il primo era funzionale alla conservazione di un privilegio di parte, il secondo risultava improntato al raggiungimento della *publica utilitas*:

---

tradizioni e prospettive, Torino 2016, p. 144.

[72] R. Ajello, *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli. Il tentativo di codificazione carolino*, in Id., *Arcana juris*, cit., p. 41. Una critica all'approccio idealistico con cui Calasso ha interpretato l'evoluzione della storia del diritto italiano tra Medioevo ed età contemporanea proviene anche da Aldo Checchini. L'errore più grave dello storico leccese è stato «aver voluto vedere viva e operante fino alle moderne codificazioni la concezione del diritto comune come sistema giuridico unitario e universale» (cfr. A. Checchini, *L'unità fondamentale della storia del diritto italiano*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XXII (1949), p. 38 ss.).

[73] Per Tarello le teorie del «diritto come forma» acquistano importanza dopo Kant, ma «già in Kant stesso incontriamo una teoria formale del diritto […]. Formalità significa che non assume rilevanza il contenuto dell'arbitrio (cioè lo scopo che gli individui perseguono) bensì solo la forma secondo la quale viene considerata la relazione tra di essi. [Tale concezione] configura la legge come la condizione di possibilità di ogni qualifica giuridica» (G. Tarello, *Formalismo*, cit., p. 575).

[74] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 179.

[75] R. Ajello, *Arcana juris*, *Introduzione*, cit., p. 11.

[76] Cfr. D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 533 ss.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> è necessario liberarsi da un equivoco universalmente diffuso: ossia che il formalismo nella scienza giuridica abbia inizio da Kant e poi da Savigny. Il formalismo kantiano fu invece, all'origine, una risposta operativa, uno strumento tendenzialmente prammatico, in armonia con gli indirizzi prevalenti nell'età dei lumi[77].

I propositi di riforma del sistema giurisdizionale da parte degli illuministi-kantiani erano volti contro le fumisterie dello stato paternalistico, per distinguere la morale dal diritto ed assegnare a quest'ultimo un compito concretamente operativo. Con buona pace della definizione ulpianea di giurisprudenza quale *divinarum atque humanarum rerum notitia*, da cui nemmeno il giusnaturalismo seicentesco era uscito indenne, nella sua incapacità di rinunciare all'identità col diritto romano. Col risultato che la «perfezione logico-formale» convertiva l'«armonia» in «autarchia»[78].

5. *Il giusnaturalismo e la proiezione verso l'assoluto*

Bruno Paradisi mette in guardia contro una «visione naturalistica che deriva dalla dogmatica del diritto e che contende il campo alla tendenza storica»[79]. Una giustificazione teorica della continuità delle istituzioni giuridiche nella filosofia positivistica verso cui anche Gino Gorla avrebbe percepito un senso di insoddisfazione,

> determinato da un bisogno di concretezza, che è poi un bisogno di controllo di quei metodi, ove sono in eccesso astrazioni, costruzioni concettuali e generalizzazioni, fra le cui pieghe si nasconde anche una certa eredità del giusnaturalismo[80].

In tema di diritto naturale, basilare è il concetto aristotelico di un *nomos* alleato del *logos* al fine di attuare «il collegamento della natura individuale con tutta la natura vivente»[81]. Già per Platone l'*armonia*, in natura, consisteva nel *bene* «misura di tutte le cose», come tale identificato nella divinità. Senza trasgredire il

[77] R. Ajello, *Arcana juris*, *Introduzione*, cit., p. 11.

[78] Ivi, p. 13.

[79] B. Paradisi, *Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica*, in Id., *Apologia*, cit., p. 259.

[80] G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano 1954, p. V. Sulla concezione naturalistica del diritto, cfr. G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941. Sul Gorla anticoncettualista, cfr. A.C. Jemolo, *Ancora sui concetti giuridici*, in N. Irti (cur.), Calogero – Cesarini Sforza – Jemolo – Pugliatti, *La polemica sui concetti giuridici*, Milano 2004, p. 132 ss.; M. Lupoi - L. Moccia, *Gorla, Gino (Luigi)*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna 2013, p. 1040-1043.

[81] J. Stenzel, *Platone educatore*, Bari 1936, p. 101.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

principio dell'*areté*, secondo cui «ciascuno deve compiere il lavoro che è suo»[82]. Si tratta del significato medesimo di giustizia sostanziale, che nel Libro IV della *Repubblica* è descritta come «ubbidienza di ciascuna parte dell'anima e di ciascuna parte della città al suo ufficio, all'ufficio che compie meglio perché è quello che è conforme all'individuata sua natura». Aristotele avrebbe aperto la strada alla ciceroniana distinzione tra il giusto di origine naturale e il giusto legale, fondato sulla legge, per cui *natura propensi sumus ad diligendos homines*; tema che permarrà, in vario modo, fino a Grozio[83].

In questo modo – per Pietro Piovani - il giusnaturalismo assume gradualmente una dimensione soprannaturalistica, quale

> visione di tutti gli enti entro una natura cosmicamente ordinata che li comprende in una superiore unità, dominata da un finalismo che risolve le individualità dei moventi nelle determinazioni del previsto moto[84].

Gli stoici, facendo riferimento a un sistema «eticamente adeguato», non avrebbero fatto che destoricizzare il diritto.

Nei secoli medievali gli elementi del giusnaturalismo, variamente mutuati da Cicerone, Seneca e dai giuristi romani, sono la naturalità delle leggi umane dentro un ordine armonico e trascendente; l'universalismo cosmopolitico che comprende tutti gli uomini in una ideale comunità ultra-territoriale; la conseguente insofferenza verso le forme storiche. Ne risulta la volontà di

> separare nettamente nella considerazione del fenomeno giuridico ciò che è naturale da ciò che non lo è (perché è *storico*) per attribuire al primo termine della distinzione ogni causa di perfezione e all'altro termine ogni causa di manchevolezza[85].

In riferimento alla piena Età moderna, Alessandro Passerin d'Entrèves avrebbe bollato la rielaborazione dei suddetti concetti come «l'arido scolasticismo dell'indirizzo wolffiano», laddove il giurista tedesco intese riportare

[82] P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1961, p. 61.

[83] Cfr. ivi, pp. 62-68. Anche secondo Ajello la dottrina giusnaturalistica, specialmente groziana, proponendo «nuove e più libere soluzioni razionali […], rafforzò l'elemento non positivo del giudizio scientifico». Il *consensus gentium* costituiva «la prova di una *communis essentia*, innata, indipendente dal raziocinio individuale […]. Un ragionamento che lo stesso Vico accettò pienamente» (*La rivolta*, cit., p. 344). Sul favore espresso da Grozio per le soluzioni endogiurisprudenziali, cfr. D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 523 ss.

[84] P. Piovani, *Giusnaturalismo*, cit., p. 69.

[85] Ivi, p. 73.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

«l'intero sistema del diritto ad unità mediante un ininterrotto processo di generalizzazione e di razionalizzazione»[86].

Ma già prima di Wolff, il diritto si sarebbe articolato, per Grozio, secondo un sistema matematico. Con il pericolo di passare «dall'effettivo, dal reale e attivo, al possibile»[87]. A giudizio di Raffaele Ajello, il giusnaturalismo groziano, riconoscendo come fondamentale il «ruolo di mediazione dei *sapientes*», non mette veramente in discussione la formula giuridico-politica tradizionale[88]. Da Grozio fino a Leibniz, non sarebbe rimasto che percorrere il sentiero delle dimostrazioni puramente logiche:

> ciò che sono in sé il diritto e la giustizia non può essere desunto dall'esperienza. L'uno e l'altra contengono il concetto di una concordanza, di una proporzionalità, di un'armonia, che sarebbe valida anche se non fosse mai realizzata concretamente in alcun singolo caso.

Con la conseguenza che il diritto rimarrebbe intatto «anche se perisse tutto il mondo empirico»[89]. La logica matematica è una logica puramente formale: «sembrerebbe difficile ridurre il diritto, che è la misura dei rapporti umani, alla dimensione matematica, che è in primo luogo misura di se stessa»[90]. Anche se si volesse valutare la struttura immutabile di alcuni istituti, ciò interesserebbe allo storico come espressione del pensiero, il quale, a sua volta, è il prodotto di una situazione storica:

> la verità è che anche per queste entità logiche esiste un limite entro il quale possono avere una relativa validità; e che questo limite è proprio imposto da una situazione storica concreta, per ampia che essa possa essere […]. Gli istituti mutano dunque nella realtà […], il loro cambiamento è l'espressione della creazione storica generale

[86] A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto* (1934), Torino 2006, p. 77.

[87] P. Piovani, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto» (1963), p. 46.

[88] Con ciò aprendo la strada all'illuminismo paternalistico di tipo prussiano. Diversamente, un filone illuminista «garantista» faceva capo alla concezione liberamente competitiva d'origine anglofrancese, cosiddetta «libertina». L'accento è posto sulla «distinzione tra il giusnaturalismo dei *sapientes*, fondato su una visione intellettualistica del valore ragione-natura e su di una prospettiva platonica della *respublica*, ed il giusnaturalismo dei *philosophes*, materialistico, sensistico e quindi utilitaristico […], emergente dal sensismo lockiano e dall'ideologia newtoniana, nell'interpretazione materialistica francese» (R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 277).

[89] P. Piovani, *Dommatica*, cit., p. 46.

[90] B. Paradisi, *Apologia*, cit., p. 264.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> […]. Il diritto è una realtà [formato] anche e soprattutto dal comportamento degli uomini che vivono in società. [Ciò] equivale a dire che il diritto è storia[91].

In definitiva, l'impronta razionalista del giusnaturalismo universalistico prodottosi tra i secoli XVII e XVIII avrebbe proiettato la scienza verso l'assoluto, considerando «i procedimenti della conoscenza giuridica come qualcosa di estrinseco all'oggetto, come mezzi per raggiungere la verità e quindi perfettibili in se stessi»[92]. D'altra parte, cercare di intervenire sul complesso normativo vigente per porvi ordine non conveniva ai custodi della *scientia iuris*:

> l'insicurezza della situazione esistenziale contribuiva ad esaltare la sicurezza e stabilità dei valori. Su quest'ultimo piano gli studiosi di diritto potevano liberamente esercitare la loro vocazione all'ordine, al sistema, ad una scienza prestigiosa e sicura[93].

I giuristi colti si rifugiavano nelle dottrine precedentemente elaborate per neutralizzare il contenuto politico della normazione corrente. A fare le spese di queste scelte era la giustizia sostanziale: «al formalismo scientifico si accompagnava una scarsa aderenza della legislazione ai reali problemi della giustizia e l'abbandono dell'interprete ad un'attività sostanzialmente libera»[94].

Questo fenomeno, definito «liberismo giuridico sotto le apparenze di un sistema rigorosamente legale»[95], avrebbe avuto ripercussioni sull'età contemporanea. Il riferimento è alle codificazioni del secolo XIX, ottimisticamente basate sulla fede nella «razionalità della nomogenesi, la quale […] trova proprio nella natura delle cose un sicuro fondamento»[96]. Ma tale paradigma è messo in crisi proprio «dalla storia che già gli squaderna innanzi condizioni umane particolaristiche sempre più prepotenti e potenti, sempre meno vincibili, sempre meno riducibili allo stato di fuggevoli accidenti»[97].

[91] Ivi, pp. 265-266.

[92] R. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 310.

[93] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 183.

[94] Ivi, p. 185.

[95] Ivi, p. 186.

[96] A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», (1959), p. 191.

[97] P. Piovani, *Giusnaturalismo*, cit., pp. 105.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

6. *La Pandettistica e l'ideologia della continuità*

Neanche i pandettisti hanno saputo tener fede al proposito di eliminare i residui del razionalismo settecentesco. Con essi, la parte generale delle discipline privatistiche tende a ridursi «ad un complesso di generalizzazioni empiriche dell'esperienza giuridica»[98]. Per Aldo Schiavone «la matematizzazione giusnaturalistico razionalista e la cd. Scuola storica», ipostatizzando il passato, avrebbero accompagnato la nascita e il consolidamento delle strutture capitalistiche nell'Europa occidentale:

> non v'è dubbio, infatti, che la *mathesis* leibniziana della giurisprudenza romana, con la postulata coincidenza fra diritto romano e diritto naturale, sviluppatasi poi attraverso tutta la cultura giuridica del diciottesimo secolo, rifletta perfettamente quel processo di elevazione dell'empiria del passato a valore metafisico (e dunque utilizzabile come fondazione del presente)[99].

Savigny, ricollegando l'elaborazione giurisprudenziale romana al *folksgeist,* salda definitivamente il presente al passato in una dimensione valoriale. Il popolo diviene appunto il soggetto fondante e depositario della continuità storica ed «il passato, elevato (e ridotto) a valore, libera dall'arbitrio del presente solo perché, in effetti, lo giustifica»[100].

Secondo Tullio Ascarelli lo storicismo savigniano considera la funzione dell'interprete come meramente dichiarativa nel concepire il diritto «come prodotto naturale e quasi inconsapevole»[101], fino a che – ancora per Schiavone – «la continuità del passato non criticato diventa apologia del presente»[102]. In linea col giusrazionalismo tedesco e in senso conservatore, lo storicismo intende il diritto come un «dispiegamento della tramandata dottrina», che si può comprendere e conoscere, ma non modificare. Una sublimazione del canone logico universale che ben sarebbe stata colta da Giovanni Tarello:

---

[98] A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico*, cit., p. 80.

[99] A. Schiavone, *Apologia*, cit., p. 73.

[100] Schiavone fa riferimento alla critica politica di Marx nei confronti degli aspetti palesemente restauratori della scuola storica: «il recupero immediato del positivismo non criticato, ma accettato […] nella sola prospettiva della sua durata – Hegel e Savigny – appare chiaramente per Marx il volto attraverso cui il movimento reale del presente si nasconde a se stesso, e celebra la solidità del suo fondamento» (ivi, pp. 74 e 77).

[101] T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, pp. 96-97.

[102] A. Schiavone, *Apologia*, cit., p. 77.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> esasperando le premesse assunte, gli schemi concettuali e i dogmi venivano studiati prescindendo dal contenuto del particolare fenomeno giuridico cui originariamente erano considerati strumentali […]; si studiavano gli schemi come tali; si procedeva a studi storici o comparativi scambiando schemi e concetti […] per fenomeni reali, arrivando a concepire questi schemi come schemi propri di ogni esperienza giuridica[103]. La teoria generale del diritto diviene pertanto teoria delle forme nelle quali si articola ogni esperienza giuridica.

Il dogma della volontà, lungi dall'essere superato dalla Scuola storica, ha trovato in Savigny «il fondatore della dogmatica moderna»[104].

Il limite che anche Riccardo Orestano attribuisce alla Scuola tedesca è di avere artificiosamente considerato il processo storico nei termini di un progresso naturale e spontaneo da uno stadio all'altro, per cui la storia della giurisprudenza apparirebbe come «l'ascesa di una lunga scala, di cui ogni generazione viene costruendo un gradino, sempre più in alto»[105]. Nella compiaciuta convinzione di contribuire immancabilmente al suo perfezionamento e sottovalutando, per conseguenza, i risultati dalla scienza precedentemente ottenuti, come meno validi rispetto ai più recenti. Paradossalmente in pieno contrasto con le esigenze teoriche e pratiche dello storicismo[106], Savigny «finiva per restaurare l'unità del diritto privato in base al postulato individualistico»[107] per arrivare proprio ad «eludere il problema politico della giustizia e del diritto»[108].

[103] G. Tarello, *Formalismo*, cit., p. 577.

[104] A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico*, cit., p. 82.

[105] R. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 312.

[106] Sulle tracce della risalente pandettistica, la neopandettistica è lo studio attraverso il quale il diritto romano viene riqualificato come diritto comune a tutta l'Europa, ovvero ai popoli facenti parte di essa che hanno adottato determinati principi giuridici fondamentali, nell'ottica di un costituendo diritto privato europeo. I suoi fautori vorrebbero svilupparlo a partire da una trama di matrice romanistica, sul presupposto che i principali istituti non sono altro che "diritto romano in abiti moderni", e che a partire da questa constatazione si debba «stabilire un legame conoscitivo fra storia del diritto e diritto comparato» (cfr. R. Zimmermann, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in «Rivista di diritto civile», (2001), p. 701 e *passim*). Secondo Alessandro Somma «con queste premesse l'invocazione di un simile legame finisce inevitabilmente per assumere i connotati di un espediente pensato per ridurre la mutazione giuridica a una catena di imitazione di modelli ereditati dal passato […]. Schemi fondati oltretutto su un uso distorto della storia, quello per cui si trascura come il trascorrere del tempo non ci ponga mai di fronte a oggetti identici a loro stessi» (A. Somma, *Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 10 (2019), pp. 143-144).

[107] G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, Torino 1911, p. 261.

[108] R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 356.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

Secondo Aldo Mazzacane, sostenere che la storia degli ordinamenti giuridici segua «uno sviluppo spontaneo e quasi senza sforzi e lotte e rivoluzioni» e svalutare il paradigma legislativo a favore dell'elemento consuetudinario sorgente dall'«istinto infallibile dei popoli» avrebbe portato Savigny e i suoi epigoni a ridurre gli strumenti storici ad una «funzione strumentale e subordinata», nell'«esaltazione storico-soprastorica del diritto romano»[109].

Il recupero, da parte di Savigny e della pandettistica, delle posizioni teorico-sistematiche della scienza romanistica nonché di quella umanistica serviva a riagganciare le istituzioni e i sistemi amministrativi dell'antico regime con quelli della Restaurazione, dopo la parentesi rivoluzionaria. Secondo Ajello

> il giurista colto del secolo XIX […] realizzò sotto altra formulazione la stessa formula di politica del diritto, ossia non si pose di fronte ai problemi concreti che emergevano dall'organizzazione sociale in modo sostanzialmente diverso da come, un secolo prima, vi si erano posti i dottori tardoumanisti[110].

Il metodo tradizionale di concepire la scienza del diritto, consistente nell'affinamento dei canoni interpretativi del *Corpus Juris*, è arrivato dalla Scuola tedesca fino al pensiero contemporaneo: «lo svolgimento storico vi era concepito come il passaggio *gradatim* verso forme sempre ed in ogni senso più progredite»[111].

7. *L'eterno conflitto tra certezza e mobilità del diritto*

La validità della dogmatica odierna dipende dalla sua capacità di continuo rinnovamento del diritto vigente. Da una prospettiva idealistica, la realtà giuridica si presenta come «sintesi di forma e contenuto»[112]. Occorre distinguere le categorie aventi carattere puramente teorico dai principi generali del diritto, dotati di efficacia normativa. Nella sua funzione di classificare i principi fondamentali, la dogmatica è «fattore precipuo della evoluzione del diritto»[113]. Tale virtù di espansione è connessa inevitabilmente ad un giudizio di valore, che è essenzialmente storico e che costituisce un correttivo al procedimento formalistico in una incessante revisione dei dogmi:

[109] A. Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli 1974, p. 21 ss.

[110] R. Ajello, *Arcana juris, Introduzione*, cit., p. 13.

[111] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 193.

[112] G. Giacomazzi, *Problemi fondamentali del diritto (indagini critiche)*, Palermo 1935, p. 180.

[113] Ivi, p. 182.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> la storia giuridica, poi, considerata come conoscenza e ricostruzione degli istituti giuridici nella loro evoluzione attraverso gli ordinamenti che si sono succeduti nel tempo, rivela il mondo giuridico nei suoi complessi atteggiamenti; e ciò allo scopo […] di poter stabilire il rapporto fra tale realtà più vasta ed il diritto positivo e di potere sempre dimostrare la contingenza delle costruzioni dottrinali e dogmatiche[114].

Le norme giuridiche, in quanto norme «di azione», si prestano sempre a valutazioni interpretative, per adeguare la norma al fatto attuale. L'interpretazione supera continuamente la dichiarazione del legislatore, espressione di tendenze socio-politico-economiche storicamente determinate. Anzi, «la costruzione del sistema è a sua volta frutto dell'interpretazione», dato che qualsiasi ordinamento giuridico riposa su una «ricostruzione tipologica della realtà»[115]. Per Tullio Ascarelli in ciò consiste la politicità della funzione interpretativa:

> l'interpretazione non può così mai ridursi a mera esplicazione; essa non può perciò aver luogo senza la mediazione di un orientamento […]. L'interprete, perciò, rinnova perennemente la norma; costituisce, perciò stesso, strumento di un perenne sviluppo del diritto […]. L'interpretazione attiene a un criterio di azione[116].

Assicurando una continuità tra formula e dato concreto, il diritto è sempre «volontà di umano futuro ed insieme legato al passato»[117]. D'altra parte, storicizzare il diritto significa comprendere la realtà fattuale per adeguarvi il disposto normativo. Ne deriva che la completezza del sistema è a sua volta «il sempre transitorio risultato dell'interpretazione e non già la sua premessa». Contrario alla mera osservazione di sistemi normativi fissi, Ascarelli ritiene che «alla saggezza, più che alla scienza, dobbiamo ricondurre il diritto»[118]. In definitiva:

> se l'opera dell'interprete fosse limitata all'*explicare quod implicitum est*, l'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina si ridurrebbero a una commedia degli errori; si tratterebbe sempre e solo di vedere quale sia l'interpretazione esatta di fronte a un sistema che si suppone già tutto definito e solo logicamente dispiegabile[119].

[114] Ivi, p. 183.

[115] T. Ascarelli, *Norma giuridica*, cit., p. 71.

[116] Ivi, p. 73.

[117] Ivi, p. 74.

[118] Ivi, p. 82.

[119] Ivi, p. 85.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

È ancora Calasso a porre l'accento sulla ricerca di un «nuovo equilibrio non ancora raggiunto»[120]. A suo parere, il giurista contemporaneo ha cercato di ricomporre il sistema ad unità sulla sola base di nessi logici. Non si è trattato di un'esigenza nuova. Anche i legisti di antico regime cercavano di sistematizzare il diritto, ma lo facevano a partire da un senso di libertà interpretativa della «tradizione e della vita», pronti soprattutto a ricevere sollecitazioni da una molteplicità di fonti concorrenti da ordinare non solo logicamente, ma storicamente. L'interprete del diritto codificato «ha invece dovuto saggiare e sperimentare il proprio strumentario logico dentro il circolo chiuso di un'unica sovrana legge fondamentale». Fino all'eccesso: «l'aspirazione dominante era verso la giuridicità pura, il decantamento della materia da ogni contaminazione storica o politica»[121].

A ben vedere, lo storico leccese, lungi dal separare le esperienze medievale e contemporanea, parrebbe accostarle sotto l'«aureola» gius-formalista. È sempre Ajello a criticare l'insofferenza, da parte di Calasso, «verso ogni tentativo diretto ad analizzare le strutture concrete del fenomeno»[122]. Il limite del maestro pugliese – che è poi il medesimo attribuito a Guido Astuti[123] – consiste nell'idealistico intendimento della realtà «come si vuole che sia», per cui la «rilevanza dell'oggetto esattamente conosciuto» va sacrificata in nome della «esattezza scientifica come tale»[124].

Ci si chiede come sia possibile che una tecnica storicamente datata sia potuta sopravvivere ed essere utilizzata «in chiave di neutro strumento di ingegneria sociale» fin nel tempo presente. La risposta va cercata nei meccanismi interni della romanistica, che ne hanno permesso il recupero in circostanze storiche differenti. Quella che Schiavone definisce «autonomia della scienza giuridica romana rispetto alla totalità della propria formazione economico sociale e possibilità di un suo recupero oltre di essa»[125].

---

[120] F. Calasso, *Storicità del diritto e scienza del diritto* (1963), in Id., *Storicità*, cit., p. 196.

[121] Ivi, p. 198.

[122] Ci si riferisce alla lettura polemica che Ajello fa di F. Calasso, *Introduzione* a P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano* (Firenze 1962), «spec. pp. XXIV- XXVI, dove il diritto prodotto dai popoli, sinteticamente intesi, appare non diverso – *mutatis mutandis* – dal *Volksgeist* di Savigny […]. Solo il giurista, ovviamente, è in grado di conoscere e dichiarare quanto il popolo, così inteso produce» (R. Ajello, *La rivolta*, cit., pp. 280-281).

[123] Cfr. G. Astuti, *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica*, in «Annali di Storia del Diritto», X-XI (1966-67), pp. 46-47. Sulle vedute antilluministe di Astuti e sulla critica al formalismo di Calasso, ampiamente D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., pp. 536 e 557 ss.

[124] R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 281.

[125] A. Schiavone, *Apologia*, cit., p. 83.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

La risposta potrebbe trovarsi nella «ideologicità»[126] della giurisprudenza romana, che quanto più è tecnica e neutrale, tanto più rivela i reali meccanismi di condizionamento sociale di cui si serve. Sul punto, Berlinguer accusa Calasso di scindere l'elemento normativo dalla base che materialmente lo produce. Ne risulta una «metafisica giuridica» fortemente orientata in senso idealistico e nazionalistico. La giurisprudenza romanistica si vedrebbe così riconosciuto un ruolo di «mistificazione ideologica largamente strumentalizzata a fini di funzionalità, stabilità e dominio»[127]. In ottica marxista, arrestarsi di fronte al fenomeno giuridico fa il gioco delle classi dominanti, il cui interesse è appunto sottrarre il diritto (borghese) alla verifica sociale. A tal scopo, è bene che storiografia giuridica e storiografia politica restino separate. A detta di Bruno Paradisi «gli storici giuristi hanno inteso la storia soltanto come la relazione esteriore stabilita tra la misura temporale e lo svolgimento degli istituti»[128].

Consolidandosi, tale ideologia è divenuta un atteggiamento di comodo da parte dei giuristi formalisti di ieri come di oggi. Secondo Ajello, l'errore sta non solo e non tanto nel rievocare «paradisi perduti, in realtà mai esistiti» di valori universali indiscussi, quanto nell'attribuire i difetti degli ordinamenti giuridici «alla prassi, non alla scienza». Ma in tal modo «si conferma implicitamente l'esistenza dell'arbitrio»[129], che fa agio alla conservazione dello *status quo*[130].

Non a caso lo storicismo idealistico gentiliano e crociano aveva svalutato l'illuminismo, in base ad un'interpretazione del pensiero di Vico «che ha contribuito a far nascere il *topos* dell'identificazione illuminismo-antistoricismo»[131]. Quanto alla critica marxista - per cui lo sforzo da parte degli illuministi di raggiungere la certezza del diritto attraverso la formulazione di una legge generale e astratta avrebbe fatto solo gli interessi borghesi di «immunizzazione» della proprietà e dell'impresa –, per Ajello si tratterebbe di un'altra idealizzazione[132].

[126] Ivi, p. 85.

[127] L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 21.

[128] B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 31.

[129] R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 282.

[130] Per Ajello, la polemica antilluminista di Astuti – secondo cui «questo vero feticismo della legge, che anima gli illuministi, ci rivela la loro profonda incomprensione del mondo del diritto: essi non conoscono la natura e la funzione del diritto, le sue possibilità concrete» (G. Astuti, *La nozione*, cit., p. 47) - va nella direzione di «soluzioni in apparenza meramente tecniche e […] sostanzialmente vincenti» (R. Ajello, *La rivolta*, cit., pp. 285).

[131] Ivi, p. 287.

[132] «È l'etica utopistica dell'idealismo tedesco che, attraverso Marx ed Engels, agisce ancora sui marxisti ortodossi ed impedisce ad essi di comprendere e valutare serenamente il pensiero illuministico» (ivi, p. 290). Sulla pretesa di «estendere indebitamente alla storia universale […] il criterio della lotta di classe concepita come espressione sociale e politica della

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

Pensare alla borghesia come classe economica, protesa al libero mercato e, quindi, eversiva del vetusto ordine feudale ha dato luogo a diverse semplificazioni, tutte politicamente orientate. Da un lato, l'esaltazione del suo ruolo di antagonista della retriva nobilità di sangue; dal lato opposto, la sua connotazione di classe capitalista e conservatrice, avversa al cambiamento sociale idealizzato dal marxismo; in ogni modo «la storiografia politicamente più impegnata sembra temere che ammettere l'esistenza di una dialettica degli *status* comporti necessariamente negare quella delle classi»[133]. A scanso di generalizzazioni, l'elemento borghese sta ad indicare soltanto «un'ideologia alternativa rispetto a quella tradizionale, che era condivisa da gran parte dell'*establishment*»[134].

8. *Saldare le teorie ai fatti*

Giudicando le esperienze del passato con le idee e la morale di epoche successive, si finisce con l'attribuire alle prime significati improbabili. Per rimanere in tema di illuminismo, dalla prospettiva di Giuliana D'Amelio «il nesso e la compenetrazione fra cultura storica e cultura giuridica resta un carattere acquisito della giurisprudenza del Settecento»[135]. È la polemica antiromanistica degli illuministi ad essere posta in primo piano. La credenza nel progresso razionale della società umana e la fiducia nella possibilità di un «controllo morale» dell'ordinamento sono pienamente conciliabili con quell'«ansia di demitizzazione del diritto romano»[136], variamente avvertita dagli epigoni del pensiero giuridico-politico settecentesco, laddove il «rapporto fra spirito e lettera della legge» era considerato il problema centrale del diritto. Nell'«eterno conflitto tra certezza e mobilità del diritto», è al primo termine che gli illuministi intendono dare priorità, ma questo è un «punto d'arrivo della riflessione sull'interpretazione»[137]. Agli illuministi si presentava il compito di

contrapposizione fra forze produttive e rapporti di produzione», cfr. R. Zapperi, *Per la critica del concetto di rivoluzione borghese*, Bari 1974, p. 89).

[133] R. Ajello, *Arcana juris, Introduzione*, cit., p. 23. Sul punto, cfr. anche F. Di Donato, *Luci della modernità*, cit., p. 173 ss.; D. Luongo, *Ajello e la decostruzione*, cit., p. 538 ss.; I. Del Bagno, *Spade e toghe*, cit., p. 650 ss.

[134] Per un riferimento all'ampio dibattito svoltosi fra gli storici marxisti e non marxisti sul carattere borghese della Rivoluzione francese, cfr. R. Ajello, *Arcana juris, Introduzione*, cit., p. 20, n. 18.

[135] G. D'Amelio, *Sui rapporti tra illuminismo e scienza del diritto in Italia*, in «Annali di storia del diritto», VII (1963), p. 99.

[136] Ivi, p. 102.

[137] Ivi, p. 103.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> ricostruire intorno all'esperienza giuridica un'unità di scienza e pratica che portasse il rinnovamento giusrazionalistico ad ambedue i livelli ed assegnasse un fine unico – quello della costruzione della certezza nel diritto – ad attività diverse[138].

In questa luce, la mentalità illuministica apparirebbe «tutta fattiva, generalizzante, intesa a isolare e mettere in risalto, modernamente, più lo scopo che la forma del diritto»[139]. In altri termini, scienza e tecnica del diritto sono due aspetti di un'unica realtà:

> se i principi certi sono forniti dalla scienza naturale […], la connessione delle leggi, l'*ordo verum*, in cui, cioè, si verifica attuandosi la loro «filosoficità», è data dalla loro stessa vicenda, dalla loro storia[140].

La filosofia viene in ausilio della *salus publica* innanzitutto come spirito «raziocinante, riduttore, elementare» contro il cavillo, l'abuso e il disordine delle opinioni giurisprudenziali. Ma essa serve anche a stabilire «rapporti di interdipendenza tra scienza del diritto e scienza unica della società»[141], per limitare l'arbitrio giudiziale attraverso la conoscenza del «rapporto reale della cosa che la legge vuol regolare»[142]. In questo modo l'interpretazione interviene a semplificare il senso della norma per «iuris aequalitatem servare»[143].

Sulla stessa falsariga, anche per Ajello il più importante contributo dell'esperienza giuridica illuminista è stato di «aver posto per la prima volta in termini decisamente politici il problema del diritto». Le teorie giusnaturalistiche, per avere il dovuto risvolto concreto, andavano saldate ai fatti, altrimenti l'«esaltazione dei diritti individuali e l'affermazione dell'eguaglianza giuridica meramente formale»[144] sarebbero rimaste su un piano teorico. Quando poi a salvaguardia della teoresi si pongono le istituzioni contemporanee, si «agisce distogliendo l'attenzione dalla situazione reale delle cose. Così [si] aiuta a conservare le condizioni che l'hanno prodotta»[145].

Secondo Gino Gorla sarebbe il metodo comparativo-casistico a fornire un più corretto intendimento del diritto positivo, alla ricerca de «le ragioni […] e il perché del particolare e del peculiare, e come questo si inserisca eventualmente

[138] Ivi, p. 107.

[139] *Ibid.*

[140] Ivi, p. 109.

[141] Ivi, p. 111.

[142] Ivi, p. 112.

[143] Ivi, p. 114.

[144] R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 355.

[145] J. Dewey, *Human nature and Conduct* (1922), cit. in R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 192.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

in un fenomeno giuridico di carattere più generale»[146]. Ma dal momento che il metodo comparativo vuole chiarire come il fenomeno giuridico si dispieghi in ciascun ordinamento, esso «non è che storia»[147]. Come avvertito anche da Francesco Carnelutti, non esiste solo una comparazione tra ordinamenti giuridici coevi: «la storia del diritto deve pur essa metter capo alla comparazione tra ordinamenti giuridici diversi, anziché per ragioni di spazio, per ragioni di tempo»[148]. Il senso storico analizza, sperimenta le diverse realtà nella loro complessità, secondo una ragione che non è «ordinante», ma «compartecipante, immersa nelle cose indagate». Insegna, in estrema sintesi, che il mondo «si plurifica»[149].

La prima forma di comparazione, infatti, avviene raffrontando il diritto contemporaneo ai sistemi delle epoche precedenti. Così, secondo Bruno Paradisi,

> seguendo il processo degli sviluppi e dei contrasti, s'intendono meglio i caratteri, gli atteggiamenti e le soluzioni concrete di un dato ordinamento giuridico in atto; ciò che è generale o comune ad altri ordinamenti, paesi o civiltà e perché; ciò che è particolare a noi o agli altri e perché[150].

Per arrivare alla conclusione che «si considera reale ciò che è concretamente accaduto». Pertanto, la comparazione giuridica, in quanto «scienza del fattuale», utilizza «lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche»[151].

Bisogna abbandonare il «vieto e tenace pregiudizio volontaristico» tendente a concepire il diritto come la «manifestazione di una volontà cristallizzata ed esaurita in se stessa»[152]. Una volta negato il valore euristico dei precedenti storici, il rischio è che l'opera del legislatore non riesca a adattarsi alla realtà sociale in movimento. Ciò non avviene nelle norme che si formano «per via di autonomia», come la consuetudine, in cui «è evidente il carattere di spontaneità e l'assenza di una particolare volontà che sia diretta al fine di dettar norma»[153]. In tal caso, per richiamare Santi Romano, l'*opinio iuris ac necessitatis* sarà «convinzione,

[146] G. Gorla, *Il contratto*, cit., p. V.

[147] G. Gorla, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, 12, Milano 1964, p. 928.

[148] F. Carnelutti, *Metodologia del diritto* (1938), Modena 1990, p. 78.

[149] P. Piovani, *Giusnaturalismo*, cit., p. 141.

[150] B. Paradisi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica,* in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, II, Milano 1954, p. VI.

[151] A. Gambaro-P.G. Monateri-R. Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, III, Torino 1988, p. 52.

[152] *Ibid.*

[153] Ivi, p. 264.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

credenza (ossia valutazione), ma non è certo volontà né di singoli né collettiva»[154].

A margine di quanto accennato, il metodo storico-comparativo dovrebbe essere soprattutto un correttivo delle astrazioni e generalizzazioni derivate dal concetto di «un ordre naturel qui soit comme enclavé dans l'ordre surnaturel»[155]; detto altrimenti, esso servirebbe a sfatare il mito di una «volontà monistica di fronte a cui le determinatezze storiche non possono essere che pluralità, quindi imperfezione»[156].

9. *Il positivismo quale condizione operativa del diritto*

Si è fatto cenno alla discendenza del metodo logico-deduttivo dal razionalismo scolastico che ha portato anche alle codificazioni. Ma allorché si cerca a tutti i costi «in un dato diritto positivo un carattere o un concetto che simpatizza con la ragione astratta», la teoria si ammanta di ideologismo. Se ne trova riscontro nelle parti generali dei manuali di istituzioni, laddove si lascia credere che i concetti in essi esposti abbiano un valore universale. Il che – secondo Gorla - amplia il divario tra teoria e prassi, invece di cercare di superare i concetti classificatori «di comodo o di orientamento, utili, ma sempre un po' arbitrari e quantitativi, come ogni tentativo di tracciare una linea di confine là dove esistono paesaggi, graduazioni, zone grigie»[157].

Il diritto, «in quanto realtà concreta», non si esaurisce nella oggettività astratta delle leggi, ma è piuttosto un'esperienza giuridica «e cioè il costituirsi e l'attuarsi delle norme»[158]. Per Alessandro Baratta il sistema del diritto ha una validità puramente logica; ma la sua concretezza «non sta nella sua possibilità, bensì nella sua attualità», in riferimento al «realizzarsi nell'atto del soggetto storico». La norma, infatti, «astratta dall'azione, non esiste che come modello o tipo di questa»[159]. Se il diritto naturale si pone come ideale supremo di giustizia a cui aspirare, esso può essere (fra)inteso secondo criteri di opportunità politica. Secondo Nicola Matteucci il positivismo giuridico è scienza in quanto si incentra sul «fatto» della legge in senso stretto, ma è ideologia in quanto a questo fatto conferisce una posizione privilegiata: la legge è fonte suprema del diritto perché voce dello Stato sovrano. La scelta politica consiste proprio nel

[154] S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, p. 66.

[155] E. Bréhier, *La philosophie du Moyen Age*, Paris 1949, p. 205.

[156] P. Piovani, *Giusnaturalismo*, cit., p. 75.

[157] G. Gorla, *Il contratto*, cit., p. XIV.

[158] A. Baratta, *Natura del fatto*, cit., p. 179.

[159] *Ibid.*

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

considerare il diritto nazionale superiore rispetto al diritto naturale, consuetudinario, giurisprudenziale, equitativo. In tal senso il potere sovrano diventa potere arbitrario, perché i suoi soli limiti sono quelli dettati dall'opportunità politica[160]. Come le dittature del Novecento stanno a dimostrare, potrebbe risultarne un positivismo degenerato:

> la problematica odierna della natura del fatto sopravvenuta nella Germania del dopoguerra al primo e meno ordinato moto giusnaturalistico, rappresenta la coscienza sia del pericolo insito nel positivismo giuridico, sia della necessità di salvare la positività del diritto[161].

Riflettendo sulle responsabilità del positivismo nei confronti del nazionalsocialismo[162], Baratta disvela l'ambiguità del primo termine, che, usato in maniera avulsa dal contesto storico, è stato variamente adoperato dalla dottrina per definire un «buono» o un «cattivo» ordinamento. Da un punto di vista meramente formalistico, la validità delle norme dipenderebbe unicamente dalla loro emanazione da parte di organi competenti e legittimati all'organizzazione dell'ordinamento giuridico. Sganciata da un presupposto valoriale oggettivo, la norma viene assunta «a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne»[163]. Tale teoria, escludendo la corrispondenza dei contenuti legislativi ad un criterio di giustizia universale, sembrerebbe recidere il legame col giusnaturalismo moderno. Invece, per questa via, si potrebbe anche giungere ad una diversa idea di giustizia morale, identificabile con il diritto dello Stato: «una morale legalistica, basata sull'idea che il diritto e lo Stato siano depositari dell'eticità». La confusione tra

[160] N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», (1963), pp. 985-1100. In nome del recupero della legge naturale, nel secondo dopoguerra molti giuristi hanno salutato una rinascita del giusnaturalismo in chiave cattolica. È nota la condanna del positivismo giuridico indissolubilmente connesso all'assolutismo di Stato da parte di Pio XII. Ma una critica è arrivata anche dalla corrente marxista, che ha visto nel giurista positivista un servitore degli interessi delle classi dominanti. In Italia, la corrente idealistica ha negato nell'applicazione del diritto una logica dai procedimenti ripetibili e controllabili. Diversamente, alcune correnti liberali hanno intravisto nel *judiciary law* l'espressione diretta dei valori sociali (sul problema, cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (1960), Napoli 1997, p. 201 ss.).

[161] A. Baratta, *Natura del fatto*, cit., p. 193.

[162] Cfr. A. Baratta, *Positivismo giuridico,* cit., p. 23 ss. In proposito cfr. anche B. Petrocelli, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in Id., *Saggi di diritto penale*, II serie, Padova 1965, p. 187 ss.

[163] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo*, cit., p. 108.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

diritto e morale permetterebbe di «scambiare l'oggettività dei principi etici con quelli che sono fissati nell'ordinamento giuridico positivo»[164].

È pur vero che il positivismo raramente è stato sostenuto «coerentemente fino alle sue estreme conseguenze»[165]. Lo stesso Hobbes, cui si ascrive la concezione convenzionalistica della giustizia, riconosce un limite all'obbedienza assoluta delle leggi consistente nella violazione del patto sociale. Un positivismo etico moderato, che vede l'ordine, l'uguaglianza formale e la certezza come suoi valori fondanti, non porta affatto alla statolatria totalitaristica. Anzi, rappresenta un sostegno ideologico allo Stato di diritto, laddove il principio di legalità, consistente nella generalità e astrattezza della norma, oppone il «governo delle leggi» (democratico) al «governo degli uomini» (arbitrario)[166].

In ultima analisi, il positivismo si presenterebbe come «metodo» per la formazione e l'interpretazione delle leggi[167]. La certezza del diritto sarebbe «raggiunta attraverso l'impiego da parte del legislatore di fattispecie legali astratte e generali costruite con elementi descrittivi e valutativi di significato univoco». Un sistema iper-formalistico e chiuso, per il quale la subordinazione dell'interprete alla volontà della legge sarebbe totale, «con l'esclusione del ricorso a principi politici, morali, sociologici, non direttamente richiamati dalle leggi». In antitesi con il realismo giuridico, che vorrebbe l'interpretazione atta a «ricondurre le astratte fattispecie verso la concretezza della vita sociale»[168].

A tal proposito, Giacomo Perticone avrebbe parlato di una auto-limitazione del piano d'interessi della scuola formalistica alla pura tecnica, di cui detta scuola menerebbe vanto

> come di un canone rigorosamente scientifico, che vuol dire rigorosamente formalistico, che essa applica e difende come si difendono i confini della patria, dagli sconfinamenti incauti e dalle invasioni profonde delle altre discipline, e della politica soprattutto.

[164] A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit., pp. 6-7.

[165] N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1960-61), Torino 1996, p. 248.

[166] L'ideologia giuridica del nazismo era peraltro «nettamente contraria al principio giuspositivistico secondo cui il giudice deve decidere esclusivamente in base alla legge, sostenendo che, al contrario, esso doveva decidere in base all'interesse politico dello Stato», anche laddove in contraddizione con la legge scritta (ivi, p. 249).

[167] Su questo punto, Bobbio non ha dubbi: «la scienza o è avalutativa o non è scienza. Il metodo positivistico è puramente e semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica» (ivi, p. 250).

[168] A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit., p. 7.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

L'esegesi dogmatica della norma vigente svuoterebbe il diritto di ogni connotato politico.

> Come se il compito del giurista non sia precipuamente quello di chiarire e stabilire il raccordo fra principio e norma, intesi dialetticamente e quindi compresenti nella sintesi storica, sempre provvisoria, offerta da un determinato ordinamento positivo[169].

La scienza del diritto risponde ad esigenze interne di stabilità, ma anche di dinamicità, poi che non può fare a meno di tener conto della «azione, sollecitazione e incidenza sul terreno giuridico delle forze e degli interessi, culturali e strutturali, di una data società»[170].

Secondo Raffaele Ajello la certezza non è solo un elemento costitutivo del diritto, ma una sua condizione operativa, per affermare la sua funzione stabilizzatrice: «la tendenza al formalismo emerge, dunque, dalla natura stessa e dalla funzione del diritto nella società»[171]. In linea con Norberto Bobbio, ritenere giusto ciò che è conforme alla legge significa «dare un giudizio positivo di un assetto stabile della società»[172]. La stabilità, insomma, è un connotato imprescindibile per tutti gli ordinamenti giuridici positivi:

> in ciascuno di essi si sviluppano naturalmente forze di coesione che tendono a ritardare ed a frenare il continuo mutamento formale ed aggiornamento della normazione positiva alla variabile dinamica dei conflitti d'interesse[173].

Anche laddove manchi una legge che risponda alla situazione concreta, la razionalità formale del sistema viene garantita dalla prassi delle corti giudiziarie e dalla consolidazione delle dottrine. Ad ogni modo, la resistenza ai mutamenti è riconoscibile soltanto «nel contesto storico determinato da cui, di volta in volta, ha ricevuto senso e significato»[174].

Si torni per un attimo al giusnaturalismo e al principio di legalità che, per i teorici settecenteschi, ne era emanazione. La legge, espressione della volontà popolare, nella sua generalità ed astrattezza, avrebbe dovuto limitare l'arbitrio del potere, essendo «ordinata al fine della sicurezza dell'individuo nei rapporti

[169] G. Perticone, *Introduzione* a J.H. von Kirkmann-E. Wolf, *Il valore scientifico*, cit., p. XXI.

[170] Ivi, p. XXVI.

[171] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 196.

[172] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo*, Milano 1965, p. 99.

[173] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 197.

[174] Ivi, p. 198.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

intersoggettivi e nei rapporti con lo Stato»[175]. È il positivismo giuridico inglese a teorizzare l'autonomia del diritto dalla morale, proprio al fine di garantire l'esistenza di una legge formalmente valida, ma nondimeno criticabile in ragione del comune senso di giustizia:

> distinguendo in questo modo il fatto del diritto dal suo valore, il positivismo giuridico sottrae alla legge ogni unzione morale o religiosa e si mette in grado di porre il problema dell'obbedienza alla legge, il problema della resistenza al diritto ingiusto, non in termini meramente giuridici, ma nei suoi autentici termini di un problema morale[176].

Il legame tra giusnaturalismo e positivismo si spezza dal momento che quest'ultimo riduce il principio di legalità a «sterile nesso tra la legge e l'organo competente ad emanarla», di modo che la certezza del diritto, da mezzo per la sicurezza dell'individuo, diviene «astratta validità del comando»[177]. Se l'autonomia della scienza giuridica era stata pensata da Grozio per rendere il diritto indipendente dalla teologia, il positivismo giuridico tedesco otto-novecentesco avrebbe estremizzato tali presupposti, liberando il metodo da ogni contaminazione con l'etica, la politica, l'economia, la sociologia; fino alla *dottrina pura* del diritto, ovvero «un sistema chiuso e autosufficiente di concetti, cioè un linguaggio rigoroso»[178]. Giurisprudenza analitica e giurisprudenza dei concetti avrebbero trovato infine convergenza nella completezza logica, autosufficiente e non etero-integrabile della codificazione francese.

Poste queste premesse, per Baratta i problemi sorgono non tanto dal positivismo giuridico in sé, quanto dallo svuotamento del principio di legalità, una volta venuta meno la distinzione tra diritto e morale con l'affermarsi di tendenze irrazionalistiche dentro la pura tecnica legislativa. Il positivismo giuridico, invece, dovrebbe fornire la base per una più valida resistenza morale contro il diritto ingiusto: «la distinzione tra legalità e moralità, tra validità e giustizia avrebbe impedito la fatale mistificazione di ogni regola giuridica in un obbligo morale»[179]. In questa prospettiva, la soluzione ad una possibile deriva patologica del positivismo viene intravista nei procedimenti democratici di formazione delle leggi, a fronte delle garanzie costituzionali. Per Uberto Scarpelli «la

[175] A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit., p. 9.

[176] Ivi, p. 11.

[177] Ivi, p. 10.

[178] Ivi, p. 12.

[179] Ivi, p. 16.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori»[180].

10. *La gabbia logico-formale*

Come uscire dalla gabbia logico-formale? Ristabilendo il collegamento razionale della legge non «all'astratto diritto naturale», ma «alle strutture naturali e sociali, che sono la materia vivente delle regole giuridiche»[181]. Il positivismo giuridico, dunque, va rivalutato a partire dal netto «rifiuto di ogni visione pangiuridica della realtà sociale, di ogni identificazione di questa con la forma giuridica»[182]. La teoria dell'esperienza giuridica, a differenza di quella giusnaturalista, assume un atteggiamento assolutamente descrittivo nei confronti del diritto, senza la presunzione di modificarne i contenuti. Pertanto, «sulla positività dei precetti decide la reale esperienza giuridica di una società, in quanto questi precetti si realizzino nella coscienza e nel comportamento del soggetto storico»[183].

Per Aldo Checchini, storia giuridica e dogmatica non devono procedere su rette parallele, ignorandosi reciprocamente, ma, anzi, «reciprocamente integrarsi»[184]. La storia giuridica può rendere possibile la conoscenza del diritto nella sua complessa esistenza, verificare le corrispondenze tra le costruzioni dogmatiche e le manifestazioni concrete del fenomeno giuridico e, in ultima istanza, «evitare le insidie di quel monismo dogmatico che corre pericolo di far perdere al giurista il senso del carattere vivo e organico degli istituti»[185]. Ma se la dogmatica non può prescindere dalla storia, è altrettanto vero il contrario. Come osservato da Francesco Carnelutti

> i rapporti fra storia e dogmatica sono chiari: la storia accresce ogni giorno la massa dei fenomeni sui quali la dogmatica elabora i suoi concetti; la dogmatica restituisce il beneficio alla storia, offrendole ogni giorno utensili meglio temprati e affilati per continuare le sue esplorazioni[186].

I concetti giuridici hanno una funzione pratica e un valore conoscitivo. Per quanto lo storico del diritto studi il fenomeno giuridico nel suo dinamismo, egli

[180] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo*, cit., p. 215.

[181] A. Baratta, *Natura del fatto*, cit., p. 193.

[182] A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit., p. 20.

[183] Ivi, p. 220.

[184] A. Checchini, *L'unità fondamentale*, cit., p. 29.

[185] *Ibid.*

[186] F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Padova 1934, p. 13.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

non può fare a meno di servirsi di alcuni assiomi necessari per comprendere il percorso formativo del diritto, «non già per costringere forzatamente i sistemi giuridici tramontati nei rigidi schemi della moderna dogmatica giuridica»[187]. Si tratta - a giudizio di Checchini - di modernizzare la storia del diritto come analisi dello «svolgimento storico dei dogmi»[188].

Anche Guido Calogero si pone a difesa dell'indagine storica, a partire da una critica alla tesi di Arturo Colonna[189], secondo cui la scienza del diritto dovrebbe adottare il metodo delle scienze sperimentali della natura. A parere di Colonna, sulle forme - e non sul contenuto - dei comandi si esercita la verifica sperimentale. Per essere oggetto di tale tipo di analisi, le norme vanno tenute come puri fenomeni, oltre ogni rilievo pratico[190]. Invece, per Calogero il diritto si rapporta ai fatti, i quali non sono semplicemente «i dati dell'esperienza sensibile», ma «vanno capiti»:

> si tratta di procedere da un fatto, che egualmente ci si presenta nell'esperienza, alla ricostruzione mentale di certi pensieri, di certe volontà, di certe intenzioni, di certe azioni, in una parola di certi eventi di vita e di coscienza umana, che in tal modo accertiamo come storicamente accaduti[191].

Per intendere una norma o un principio giuridico occorre inevitabilmente ricostruire, dal complesso dei documenti, «quella particolare posizione storica della coscienza umana»[192]. Il diritto, viene detto, non esiste in natura. Esso rileva solo in quanto prodotto della volontà legislatrice e, quindi, va fatto riferimento alla sua particolare connotazione etico-politica in un dato momento della storia dell'umanità. Ricorrendo all'interpretazione, il giurista è in grado non solo di ricostruire ma anche di integrare la volontà della legge accordandola all'intero sistema legislativo del quale essa fa parte. Lavoro non dissimile da quello del magistrato, chiamato ad una «sempre più organica applicazione del diritto»[193].

[187] Ivi, p. 34.

[188] Ivi, p. 35.

[189] A. Colonna, *Per la scienza del diritto. Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programma metodologico per l'attuazione della scienza del diritto*, Torino 1938.

[190] Sul punto, cfr. N. Irti, *Prefazione* a F. Carnelutti, *La metodologia del diritto* (1938), Padova 1990, pp. VI-VII.

[191] G. Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico* (1938), in Id., *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari 1947, p. 164.

[192] Ivi, p. 165.

[193] Ivi, p. 168. La tesi è ripresa ed ampliata in G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1938), Padova 1964. Il volume avrebbe dato seguito ad un dibattito con Calamandrei, d'accordo con Calogero in ordine alla soluzione della *quaestio facti*, per cui si ravviserebbe una sostanziale identità metodologica tra storico e giudice. Ma ciò vale soltanto

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

Sulla stessa linea interpretativa si sarebbe posto Vittorio Frosini, secondo cui il formalismo giuridico è un metodo per assicurare una certa intangibilità di casta ai giuristi, con il «consentire una riaffermazione di quelle funzioni che caratterizzavano in altri tempi i custodi e gli interpreti della legge»[194]. Invece, un'esigenza di concretezza impone che la realtà del diritto vada colta nella sua dimensione temporale. Di conseguenza

> ogni tentativo di elaborazione concettuale del diritto sulla base dei modelli del procedimento scientifico è desinato a fallire, perché il diritto essendo un prodotto storico, ossia formato dalla libera volontà umana, non potrebbe essere trattato alla stregua dei prodotti della natura, la cui realtà oggettiva si impone alla coscienza dello scienziato[195].

Il dogmatismo e l'empirismo sono venuti in conflitto sul terreno della metodologia. A seconda dei due orientamenti, la legge viene osservata nella sua natura – cioè la sua struttura ideale – oppure nella sua storia – cioè la sua relazione con il fatto particolare. Per risolvere tale dualismo, occorrerebbe passare dalla teoria «formalistica» – riferita alla forma esterna del diritto – a quella «morfologica» – che classificherebbe le strutture giuridiche in rapporto al mondo dell'azione:

> il riconoscimento di queste strutture nel mondo dell'azione, preesistente al pensiero riflesso, è ciò che assicura il carattere di oggettività e di naturalità del diritto; naturalità che trova conferma nella loro preesistenza, come condizioni e coniugazioni necessarie dell'azione nella logica del suo svolgimento sociale.

In questo modo, ogni struttura giuridica viene considerata come un riflesso del suo tempo storico: «un'immagine esemplare dell'azione, che serve per giudicare il mondo dell'azione stessa»[196].

Ma soprattutto, il moderno interprete della legge dovrebbe liberarsi dall'«adorazione di feticci consacrati in brocardi tralatizi e dal dominio di pregiudizi […] come il dogma della volontà legislativa»[197]. A detta di Emilio Betti, l'esigenza più urgente appare quella di

---

per la prima fase dell'attività giudiziaria. Dal momento che interpreta la norma in base al caso concreto, il giudice compie inevitabilmente una scelta morale per finalità sociali (cfr. P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto e procedura civile», I (1939), p. 105 ss., ora in Id., *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947, p. 27 ss.).

[194] V. Frosini, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano 1971, p. 44.

[195] Ivi, p. 45.

[196] Ivi, p. 53.

[197] E. Betti, *Interpretazione*, cit., p. 280.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

> superare il perdurante atteggiamento intellettualistico, che tende a deprimere l'oggetto dell'interpretazione alla lettera della legge e ne riduce l'ufficio a quello di un'operazione logica formale, rendendola spesso opaca, non permeabile ai bisogni di un apprezzamento intrinseco, avversa alla dinamica del diritto[198].

Considerazioni in qualche modo non lontane da quelle di Raffaele Ajello a proposito della metodologia storico-giuridica:

> il fenomeno del diritto è espressione di universali ed essenziali strutture ontologiche? Oppure manifesta esigenze «mondane» di determinate storiche società che realizzano nel diritto le loro organizzazioni empiriche?

Se quest'ultimo è il suo scopo,

> bisogna osservare del passato i fatti e le esperienze di base ben oltre le forme astratte delle dottrine, oltre le mere tecniche, ossia è necessario guardare alla realtà ampia e complessa del diritto come organizzazione sociale, sia dal suo interno, sia dall'esterno[199].

Di conseguenza, valutare dottrina e legislazione indipendentemente dal processo storico conduce ad una errata comprensione dell'esperienza giuridica di un'epoca. Quando la storiografia giuridica si limita alla passiva acquisizione del dato superficiale, «da storia di azioni e di idee (di fatto operanti), si trasforma in una favola di vaghe e buone intenzioni […], nella registrazione (necessariamente) neutrale della sua lenta evoluzione»[200]. Si tratterebbe, da parte degli storici avveduti, di riconoscere «il significato non tecnico del tecnicismo», poiché la cultura giuridica non è attività «ciecamente tecnica e meramente accademica»[201]. Il diritto, di per sé, è sempre il prodotto di contrapposizioni tra idee e realtà diverse; in ciò risiede la sua politicità. La politica rappresenta «il fondamento della legislazione e questa, disgiunta dalla politica, non offre a chi è governato alcun riparo, non oppone alcun ostacolo a chi vuole governare dispoticamente»[202]. In senso non dissimile Luigi Berlinguer ha parlato di politicità

198 *Ibid.*

199 R. Ajello, *Diritto e giustizia dall'esperienza del passato verso il futuro. Con Adriano Cavanna: contributo alla prosecuzione di un dialogo*, in «Frontiera d'Europa», X (2004), pp. 169-170.

200 R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 204.

201 Ivi, p. 205.

202 R. Ajello, *La rivolta*, cit., p. 356. Il diritto, insomma, nella prospettiva di Ajello, «va messo a tema dell'esterno, per intenderne la storicità. Una storicità che per lui va colta in termini di complessità di relazioni, d'intrinseca connessione con le varie componenti della dimensione

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

come scelta culturale, nel tentativo di «superare i limiti di una storia prevalentemente esterna, specie attraverso collegamenti interdisciplinari» per una analisi complessiva «dei livelli di potere e dei loro riferimenti politico-sociali»[203]. La purezza della disciplina dogmatica non ha prodotto che separazione e rifiuto, auto-relegandosi a mera considerazione della tecnica in senso astratto. Al contrario,

> solo attraverso un approccio interdisciplinare, non come somma di conoscenze eterogenee ma come metodo unitario di analisi, si può aprire una crisi nella storiografia: un metodo che nello e dallo specifico consenta un'analisi complessiva del reale, che dalla ricerca storico-giuridica apra costantemente allo studio storico della società unitariamente intesa[204].

In ultima istanza sarebbe opportuno scavare «sotto gli istituti giuridici per raggiungere il terreno del pre-giuridico», che anche a parere di Arturo Carlo Jemolo significa ritornare a dare il loro peso alla storia e alla politica «non mescolando, ma sembrandoci di non possedere la norma se non sappiamo come sorse, per quali fini da raggiungere, e come poi a quei fini altri se ne sostituissero»[205]. Abbandonando la considerazione di una possibile immobilità di un istituto o di una dottrina, meglio è cogliere di essi il moto sottostante, «per il mutato regime generale e quindi la mutata qualificazione e rilevanza, che è movimento e non staticità»[206]. Per dirla con Pietro Piovani, «l'*Jus* è molto più del mero *Jussum*». Poiché il diritto non è solo quello formulato, ma soprattutto quello «applicato», la scienza del diritto ha l'obbligo di «stare nella storia», di

spirituale e sociale […]. Nel suo metodo corre una linea quasi di frattura tra la considerazione in sede storiografica del diritto e quella in sede scientifica dei giuristi positivi». Al contrario, i giuristi dovrebbero svolgere compiti «pratici ed operativi […] che possono compiersi a pieno solo se chi è chiamato a dar vita reale alle norme intenda, grazie al contributo storico, qual è la propria condizione e conseguentemente ciò che ha da fare, conformemente al ruolo storico assegnatogli in una società data» (O. Abbamonte, *Le domande di uno storico*, cit., p. 8).

[203] L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 40.

[204] In un'ottica marxista, la questione del potere viene a porsi in forme più complesse. Indagare il diritto in senso storico-politico significa, a parere di chi scrive, scavare all'interno delle generali contraddizioni sociali, della natura repressiva e al contempo fragile dietro la facciata garantista degli apparati di potere. La rilevanza del tema statuale e istituzionale si fa più estesa «per la presenza dei vari strumenti di intervento nella vita sociale da parte delle forze in gioco» (ivi, pp. 41-43).

[205] A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Prefazione*, Milano 1954, p. 3. Mi permetto di rinviare a G.P. Trifone, *Politicità del diritto. Riflessioni sul tema da parte di A.C. Jemolo*, in G. D'Angelo - G. Fauceglia (curr.), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Torino 2018, pp. 295-305.

[206] L. Berlinguer, *Considerazioni*, cit., p. 55.

HISTORIA ET IUS - 15 OCTOBER 2026 - DOI 10.32064/30.2026.08 www.historiaetius.eu - 30/2026 - paper 8

lavorare «in mezzo all'impurità degli interessi, delle passioni, delle competizioni»[207]. O, con le parole di Ajello, se la forma non «adegua mai la realtà», si ricade nel paradosso per cui quest'ultima finisce «obiettivata nella forma» medesima[208].

[207] P. Piovani, *Introduzione* a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, p. XI-XV.

[208] R. Ajello, *Formalismo e storia*, cit., p. 205.