

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI
SEZIONE II: STUDI

Direttore

Mario Ascheri

Comitato scientifico

Paolo Alvazzi del Frate

Roma

Patrick Arabeyre

Paris

Eric Gojoss

Poitiers

Faustino Martinez Martinez

Madrid

Heinz Mohnhaupt

Frankfurt/Main

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI SEZIONE II: STUDI

Questa collana si propone in primo luogo di mettere in circolazione sperimentazioni per la didattica che necessitino una prima verifica, ma anche opere di giovani studiosi — se del caso persino tesi di laurea — se metodologicamente interessanti o su argomenti poco o per nulla considerati entro la letteratura storico-giuridica e istituzionale italiana corrente. Il proposito è anche di non trascurare le traduzioni di saggi di autori stranieri che possano aprire nuove prospettive di ricerca, oppure di ‘classici’ destinati ad avere una circolazione specialistica. Infine, si ritiene opportuno anche riproporre lavori ormai datati ma apparsi solo in edizione provvisoria o a bassissima tiratura, oppure ancora su temi scarsamente considerati al loro primo apparire sul mercato. Nel complesso, quindi, si tratta di una collana che vuole inserirsi utilmente nel dibattito storiografico contemporaneo, tenuto conto del crescente interesse che gli storici riservano alle trattazioni che sappiano inserire entro problematiche più generali le questioni specifiche del diritto e delle istituzioni, con i loro profili tecnici a volte anche molto delicati e complessi.

I volumi pubblicati sono stati preventivamente approvati da due consulenti selezionati dal Comitato scientifico (dal giugno 2012).

L'opera è stata sottoposta a referaggio con il sistema del doppio cieco (*double blind peer review process*).

Massimo Nardoza

Diritto vivente

Radici e tradizioni della scienza giuridica italiana





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Sotto le mura, 54
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1272-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

9 *Introduzione*

23 Capitolo I

Diritto vivente e svolte interpretative

1. Diritto vivente e svolte interpretative, 23 – 2. Il problema dell'analisi del testo giuridico, 30 – 3. Tradizione/pensiero giuridico, 33.

39 Capitolo II

Geografia giuridica

1. Geografia giuridica, 39 – 2. Una scienza giuridica non nazionale, 45 – 3. Un particolare rapporto dei giuristi con le proprie radici, 50 – 4. Circolazione e scambi culturali, 53.

65 Capitolo III

Umanesimo giuridico

1. Umanesimo giuridico, 65 – 2. Un atto di fede nel valore della storia, 68 – 3. Specificità del 'mos italicus', 71 – 4. Emergenza di un contenuto irriducibile all'ordine, 81 – 5. Una nuova dimensione del 'giuridico', 84 – 6. Esigenza di un aggiornamento culturale, 91 – 7. Ideali didattici e stile dei giuristi, 97.

101 *Epilogo*

107 *Bibliografia*

Introduzione

Se è necessario e scontato che ogni ricerca si muova in un ambito specifico, tuttavia non scontata è la natura dell'oggetto della ricerca e l'insieme delle sue motivazioni.

Il lessema 'diritto vivente' evoca molte cose: esistono teorie articolate e precise, volte a incrementare o a rettificare i punti di vista che definiscono il fenomeno e le sue dimensioni e con quella espressione prefigurano la coscienza giuridica, il pensiero dei giuristi, l'interpretazione del diritto.

All'interno del lessema in esame possono cogliersi diversi significati che, tuttavia, non sono del tutto indipendenti, in quanto legati da un denominatore comune. Il linguaggio giuridico, infatti, trova relativo compimento nella realizzazione pratica in quanto il rapporto tra la terminologia e il suo impiego¹ realizza la coincidenza tra la considerazione formale del concetto 'diritto vivente' e la causa su cui si fonda la teoria.

I termini impiegati ('diritto' e 'vita'), al di là di una soglia minima di espressione, si rivelano, tuttavia, presto equivoci, necessitando dell'introduzione di elementi di distinzione e di recupero che servano a definirne meglio il significato.

Il perfezionamento non garantisce, comunque, l'eshaustività dell'operazione. Si delimita il concetto o si determina un modo più idoneo

¹ Il rapporto tra la terminologia e il suo impiego rappresenta un problema assolutamente centrale in tutto il pensiero giuridico italiano che si colloca, rispetto al discorso qui introdotto, in diretta relazione con le problematiche relative alle dinamiche linguistiche della giuridicità e della storicità, sulle quali cfr. P. COSTA, *Semantica e storia del pensiero giuridico*, in «Quaderni fiorentini», 1 (1972), pp. 45 ss.; v. anche ID., *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969. Importanti osservazioni in M. BRETONE, *Il diritto invisibile. Concetti e metafore nel "Sistema" di Savigny*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 34 (2004), pp. 19 ss. (= AA.VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI, Milano, 2006, pp. 19 ss.). È importante ricordare come nel diritto, al pari della lingua, Savigny fosse portato a intravedere piuttosto che il prodotto di un atto, il risultato di un processo: F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Hildersheim, 1967. Sul problema cfr. G. MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in «Atti e Memoria dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria», 40 (1975), pp. 231 ss. (= ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987, pp. 27 ss.); si tratta soltanto di alcuni riferimenti: altri saranno richiamati nel prosieguo (v. *infra*, cap. I, specialmente al § 3).

per risolverne la complessità? Fino a che punto si migliora la comprensione del fenomeno, guadagnandone l'identità nel perimetro ampliato delle definizioni, o invece i diversi elementi di riflessione mutano la concezione del fenomeno?

Il campo della ricerca si determina nel contesto di questa dialettica.

Sarebbe, allora, utile chiarire perché nell'indagine si è più attenti al contenuto e all'elevata complessità e stratificazione del fenomeno, che alle finalità speculative: questione certo da non sottovalutare, considerato quanto implicitamente le finalità condizionino la ricerca.

Naturalmente, le questioni si inquadrerebbero agevolmente se si assumesse in proprio un punto di vista preconstituito. Non riteniamo, tuttavia, di dover assumere teorie complessive a premessa implicita della modalità dell'indagine e non perché si sia nella condizione di poter fare a meno di teorie già elaborate e rigorose ma perché, nel mettere in discussione l'oggetto, con riferimento alla scienza giuridica italiana, si vuole ragionare direttamente sulle radici del problema e da queste trarre, ove possibile, il criterio e le ragioni.

Ciò non significa che non ci si muova sostanzialmente in un'ottica che già indirizza verso determinate concezioni, né che ci si senta non influenzati o si pretenda di poterlo non essere, ma semplicemente che la qualità condizionante di una dottrina viene meno quando si dismetta la necessità di assumere o privilegiare un dato metodo, ovvero di adottare aprioristicamente categorie teoriche e ricostruzioni generali. Se abbiamo ritenuto di adoperare l'espressione 'diritto vivente' è perché ci appare come un vortice che attrae contesti molto più vasti di quelli generalmente riportati dalla dottrina contemporanea sotto la nominalistica metafora.

Il fatto è che non ci si vorrebbe arrestare soltanto alle concettualizzazioni più complessive, né adagiarsi sull'abitudine dei giuristi positivi di determinare, insieme alle continuità, le anticipazioni e gli abbozzi preliminari delle categorie del presente².

² Prima, infatti, di ogni sua declinazione, la pratica storiografica si pone consapevolmente come "mutamento di paradigma" teorico, giacché la dimensione storico-giuridica mette in tensione non soltanto diversi e plurali profili sociologici e antropologici, ma anche differenziate prospettive teoriche. Né va trascurato il fatto che questo interesse storico ha un suo oggetto particolare che tende a distinguere ancor più lo storico del diritto dallo studioso del diritto vigente. Quest'ultimo, infatti, dovrebbe avvertire che, quando voglia comprendere appieno la specificità del proprio campo di osservazione e le ragioni di tale specificità, deve riferirsi alla storia. Ma per lo più lo studioso dei diritti vigenti, quando necessita di fondare il proprio ragionamento sulla storia, è quasi istintivamente (e per consolidata formazione) indotto a rife-

I problemi giuridici dell'organizzazione e regolamentazione sociale possono essere affrontati laddove si instauri una comunicazione libera da vincoli di ogni natura, laddove subentri, cioè, un atteggiamento critico, un atteggiamento, in questo caso, disponibile alla comprensione della propria identità culturale.

Atteggiamento critico vuole significare disponibilità a mettere in discussione la propria provenienza, fino a toccare (senza lasciarsi andare all'opposto di un astratto sradicamento) le stesse matrici genealogiche e, dunque, fino a rifiutare ogni dogmatico e oppressivo etnocentrismo. Ma questo è possibile nella misura in cui, al tempo stesso, non viene ad attenuarsi la rete delle connessioni storiche, biografiche e psicologiche che pongono il giurista nella sua circostanza, nella sua contingenza storica.

L'esigenza di analizzare tutte le varie dimensioni della giuridicità può essere allora soddisfatta – e costituire, altresì, uno dei momenti qualificanti del dialogo dello storico del diritto con il giurista positivo – quando si riesca a mantenere il massimo dei punti di contatto con la propria identità culturale e, contestualmente, ad ampliare, modificare e contaminare questi punti nel processo di interazione e comunicazione, insomma nel consapevole e voluto reciproco passaggio tra proposte culturali diverse³.

rirsi all'esemplare romano cristallizzato nel *Corpus iuris* giustiniano; così, più volte tralascia l'esperienza medievale e moderna alla quale, eventualmente, si riferisce solo come a una lettura delle fonti romane, magari non appropriata o fuorviante; v. quanto argomentato in M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e nuove dimensioni del sapere giuridico* (a proposito di L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni*, Torino, 2011² e *II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2010²), in «Historia et Ius», [www.historiaetius.eu], 1 (2012), *paper* 17, pp. 1 ss. Non sfugge a tale rilievo critico, ad esempio, L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, 1996, pp. 141 ss. L'A. rintraccia il diritto vivente nelle fonti greche e romane; dopo una incursione sulle fonti bizantine salta direttamente alla teoria della divisione dei poteri in Montesquieu.

³ Lo storico del diritto mette in campo e coinvolge, direttamente o indirettamente, tutta una rete di saperi positivi e particolari, dei quali anche la giurisprudenza pratica e la stessa ermeneutica giuridica devono servirsi, se vogliono essere in grado di affrontare criticamente la complessità del reale attuale. Ciò che differenzia l'esperienza giuridica del presente dal passato ha una sua individuale originalità e una sua specifica potenzialità che deve essere valutata con sensibilità storica, quali che possano essere le maggiori difficoltà del sapere storico a conoscere una realtà in atto. Stabilire le condizioni e le precauzioni, affinché il presente non sia 'confiscato' dal passato e possa reagire a uno stato di sollecitazione e persuasione nei confronti di tutti i suoi segnali, è dunque un compito che la coscienza storica del giurista deve assumere in proprio, e non delegare ad altre conoscenze critiche più distaccate dalla dimensione

La riflessione tedesca del secolo scorso appare sostanzialmente impermeabile all'impiego dell'espressione 'diritto vivente', fatta eccezione per autori come Hermann Kantorowicz⁴ e Franz Wieacker⁵. L'espressione 'diritto vivente' non è adoperata da autori del calibro di Josef Esser⁶ o Wolfgang Fikentscher⁷. La problematica è affrontata prevalentemente nell'ottica del diritto vigente, come effettivamente interpretato dalla giurisprudenza.

Diversamente l'esperienza italiana, sempre incline a valorizzare gli elementi regolativi della vita sociale, nonostante non siano inseriti formalmente in un testo di legge⁸.

della temporalità. Cfr. A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (un'occasione di riflessione nell'identità del giurista di oggi)*, in «Studia et Documenta Historiae et Iuris», 1978, pp. 95 ss., ora in ID., *Scritti (1968-2002)*, I, Napoli 2007, pp. 307 ss.; fondamentali gli studi di Paolo Grossi: v. riassuntivamente la sua voce *Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce enciclopedica')*, in «Quaderni fiorentini», 17 (1988), pp. 263 ss.; ID., *Trent'anni di pagine introduttive: "Quaderni fiorentini" 1972-2001*, con prefazione di P. CAPPELLINI, Milano, 2009.

⁴ H.U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 32. Su quest'autore v. *infra*, Cap. I, nota 5.

⁵ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, tr. it., Milano, 1980, II, p. 243 s. Su quest'autore v. *infra*, Cap. III, note 5 e 7.

⁶ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964². Cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984; ID., *Interpretazione della legge*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, V, Milano, 2012, pp. 694 ss.; sul tema specifico della precomprensione (J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, tr. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1984) v. anche Cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H.G. Gadamer*, Milano, 1984; ID., *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in ID., *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 21 ss.; G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in «Politica del diritto», 1972, pp. 459 ss.

⁷ W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, V, Tübingen, 1977. Per le implicazioni di quest'opera nell'ambito della cosiddetta "giurisprudenza dei valori", v. G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1997², *passim*.

⁸ Emblematica la contrapposizione tra il pensiero di Cesare Vivante e quello di Alfredo Rocco emersa in un'intervista a Giuseppe Ferri e raccolta da N. IRTI (a cura di), *Intervista sul diritto privato*, Padova, 1988, p. 19 s.: «Per Vivante il diritto è frutto della elaborazione spontanea e collettiva, scaturente quasi dalla natura delle cose, il diritto è quello vivente non quello codificato, perché, sono le sue parole, "gli elementi essenziali e connaturali di un istituto non hanno bisogno di una esplicita dichiarazione convenzionale o legale per essere riconosciuti". ... Per Rocco, il diritto è ordine. È criterio di valutazione, è una ideale disciplina che noi imponiamo e vogliamo imporre ai fatti. L'accento logico si sposta dalla libera attività creatrice dei cittadini all'autorità dello stato e nello stato l'unico ordinamento giuridico rile-

Cesare Vivante, ad esempio, rintracciava l'effettività del diritto, prima ancora che nelle sentenze, negli atti negoziali in quanto esplicitanti il diritto concretamente applicato nella realtà, dove si adattano, correggono o integrano le previsioni delle regole scritte, generali e astratte, per colmare gli spazi vuoti delle disposizioni legali. L'Autore esplicita la propria impostazione metodologica nella prefazione del 1893 alla prima edizione del suo *Trattato di diritto commerciale*: «La giurisprudenza, cui si suole attingere quasi in modo esclusivo, mi parve una fonte insufficiente, poichè essa ritorna per lo più alle stesse questioni e lascia nell'ombra molti aspetti di ogni istituto. Chi si contenta di quella fonte si espone a due guai: risolve questioni già dibattute in cui l'avvocato ed il giudice trovano la strada già fatta, e non porge dell'istituto che una esposizione frammentaria e asimmetrica. Per colmare queste lacune e completare l'opera della giurisprudenza non vi ha che un rimedio: studiare la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione»⁹.

Per Vivante, quindi, il diritto doveva essere individuato dal ceto dei giuristi – nella loro riflessione dogmatica, nei trattati, nelle *summae*, anche nei manuali – in quanto custodi, detentori, interpreti creativi della scienza giuridica, consapevoli del loro ruolo esclusivo di interpreti delle norme e delle istituzioni, ma anche di artefici autoreferenziali di modalità di comportamento e di procedimenti, o di preparazione di nuove regole, per sovrintendere sia alla dimensione applicativa sia a quella inventiva di una scienza fonte del diritto, concentrando o alternando, a seconda delle evenienze, nella persona del giurista, le funzioni di cattedratico, di magistrato, di gestore della cosa pubblica, di legista nel significato ampio del termine.

Si trattava di un implicito richiamo alla nostra tradizione medievale per affermare che il vero compito di adeguare il diritto ai bisogni e farlo evolvere non spetta né al principe, né a un'assemblea legislativa,

vante è quello statale. Sono le norme da esso poste l'unico o quanto meno l'ultimo criterio di valutazione».

⁹ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1929⁵, p. VII. Il testo significativamente proseguiva: «Così prima di scrivere delle società in nome collettivo e in accomandita consultai nelle cancellerie dei tribunali, a Bologna, a Firenze, a Roma, a Venezia, centinaia di quei contratti, e nella uniformità di parecchi patti trovai i segni sicuri di un ordinamento giuridico ed economico più rigoroso, più cauto e compiuto di quello dato dal codice a garanzia dei soci e dei creditori, e me ne valse per integrare la disciplina di quelle società che sono regolate dalle leggi soltanto a frammenti». Sul magistero di Vivante v. *infra*, cap. I, note 6 e 7.

ma al giurista indagatore partecipe che, il più delle volte, rivendica a giusto titolo la sapienza giuridica che è frutto della reciprocità tra indagatore e oggetto indagato.

Questa inclinazione culturale, di matrice scopertamente savigniana, la ritroveremo nell'allievo Tullio Ascarelli¹⁰. Anche per questo studioso il lavoro del giurista è naturalmente influenzato dall'esigenza di chiarire gli aspetti del diritto positivo, ma il rinvenimento delle soluzioni deve avvenire sul piano del diritto socialmente praticato laddove, se ci si limitasse a una valutazione meramente legalistica di un qualsiasi istituto giuridico, astrattamente considerato, si osserverebbe come esso si manifesti attraverso un complesso di regole di diritto posi-

¹⁰ Sul magistero di Ascarelli e l'impiego della formula 'diritto vivente' v. *infra*, cap. I (alle note 1, 2 e 4 riferimenti bibliografici e indicazioni della letteratura critica sull'autore). Naturalmente anche altri giuristi avvertirono la necessità, nello studio del diritto privato, di spingersi oltre i profili organizzativi dell'ordine giuridico e ben al di là degli orientamenti ufficiali espressi dagli organi giudiziari, guardando a più esperienze, anche lontane nel tempo, senza irrigidire gli schemi prevalenti in uso in una singola epoca, perché quella giuridica è un'esperienza che non vive fuori della storia, nell'astratta razionalità delle costruzioni intellettuali, né può essere irrigidita esclusivamente in regole di dover essere. Cfr. ad esempio, V. SIMONCELLI, *La teoria e la pratica del diritto*, ora in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, pp. 29 ss. Qui, peraltro, l'A. si discostava sia da Jhering che da Gianturco sul punto nodale della diversa considerazione da attribuirsi al genere casistico. Per i primi era stato possibile utilizzare dei casi "inventati", ideati con abilità, mentre Simoncelli preferiva fare riferimento a «i casi concreti veri, quali per esempio si hanno dalle sentenze dei magistrati». Lo studio delle sentenze avrebbe fornito ai giovani studenti una fonte viva per comprendere l'esperienza forense, ma soprattutto avrebbe impedito, rispetto all'esame di un "caso ipotetico", di ricorrere «alle fantasticherie supposte per accomodarlo». Altrettanto significativo era l'esempio, additato da Simoncelli, del giurista medievale Roffredo Beneventano, che nelle *Quaestiones Sabbatinae* (1215), aveva sostenuto una diversa tendenza nella scelta dei casi, da non limitarsi più a quelli ipotetici, come quelli di largo uso nelle scuole e ideati da Pillio, ma realmente accaduti (*de facto emergenti*). Sul punto v. M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e Novecento*, Roma, 2012, pp. 135 ss.; ID., *Simoncelli, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, II, Bologna, 2013, pp. 1867 ss.; P. BENEDEUCE, *Il giusto metodo della civilistica*, nel volume collettaneo a cura di A. MAZZACANE, *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, 1987, p. 310 s., il quale osserva come lo spostamento di accento sui casi "veri" rispetto a quelli "puramente immaginati" da Jhering e Gianturco, non testimonia solo un diverso atteggiarsi del ricorso al genere casistico ma è, altresì, lo specchio di una pandettizzazione non univoca e lineare, come invece si potrebbe ritenere. Si veda pure E. STOLFI, *La civilistica lucana fra Ottocento e Novecento: istanze sistematiche e metodo casistico. Alcune riflessioni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 61 (2007), pp. 1097 ss. Per quanto riguarda il richiamo dei nostri civilisti alle elaborazioni medievali, v. P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in «Quaderni fiorentini», 31 (2002), pp. 39 ss.; G. CHIODI, *Il diritto comune nella cultura dei civilisti tra Otto e Novecento: affinità elettive tra Nicola Coviello e Francesco Ferrara*, nel lavoro collettaneo a cura di M.G. DI RENZO VILLATA, *Lavorando al cantiere del 'Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XIX sec.)'*, Milano, 2013, pp. 373 ss.

tivo e solo secondariamente rifletta la pratica sociale di cui quelle regole possono considerarsi il sedimento.

L'assunto interpretativo si fondava sul presupposto che le norme rappresentano il più delle volte uno strumento per disciplinare una pratica sociale adottata dai membri della comunità; uno strumento che tanto meglio risulterà efficace quanto più la pratica sociale da recepire nel diritto positivo è stata attentamente riconosciuta¹¹.

Il tema, quindi, è legato al lavoro dei giuristi: costituisce un momento originario e fondamentale dell'esperienza giuridica, intesa come esperienza vitale, soggetta alla propria determinazione storica e ben cosciente di ciò, richiamantesi al linguaggio come principio conduttore di ogni comprensione della società e di ogni sua relativa conformazione.

¹¹ Riecheggia l'insegnamento di Ehrlich per il quale «la proposizione giuridica ... è ancora oggi derivata, in larga parte, dall'ordinamento interno dei gruppi sociali. Ciò spiega perché, per comprendere l'origine, lo sviluppo e l'essenza del diritto, sia necessario prima di tutto studiare l'ordinamento dei gruppi sociali. Tutti i tentativi di chiarire la natura del diritto sono finora falliti proprio perché hanno preso le mosse dalle proposizioni giuridiche, invece che dall'ordinamento dei gruppi sociali»; v. E. EHRILCH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913 (tr. it. a cura di A. Febbrajo, Milano, 1976, p. 48). La problematica dell'utilizzo dei criteri sociologici nella scienza giuridica era in quegli anni oggetto di dibattito, soprattutto in ragione della circolazione delle tesi della cosiddetta scuola del diritto libero (Freirechtswissenschaft). Sul movimento, le cui vicende sono state ottimamente ricostruite retrospettivamente da L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 201 ss., cfr. H. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, 1909; L. SPIEGEL, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft*, in «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», 36 (1909), pp. 1 ss.; J.G. GMELIN, *Quousque? Beiträge zur soziologischen*, Hannover, 1910; E. FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung* in Deutsche Juristen-Zeitung, 1910, pp. 283 ss.; H.U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages von 19-22 Oktober in Frankfurt a.M.*, Tübingen, 1911, pp. 275 ss. (tr. it. nel lavoro collettaneo *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1989, pp. 57 ss.); H. WÜSTENDÖRFER, *Die deutsche Rechtssprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung*, in «Archiv für die Civilistische Praxis», 110 (1913), pp. 219 ss.; ID., *Die beiden ersten Soziologentage und die Rechtswissenschaft*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», 34 (1915), pp. 399 ss.; ID., *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 9 (1915-1916), pp. 170 ss., 289 ss., 422 ss.; A. NUSSBAUM, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen, 1914, ora in ID., *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, M. REHBINDER (hrsg.), Berlin, 1968, pp. 18 ss.

Giova intanto, in queste osservazioni introduttive, mettere in luce che cosa viene propriamente inteso con il linguaggio in tutta la tradizione del nostro pensiero giuridico in generale.

Tra tutti i vari momenti costitutivi di esso, che la storiografia giuridica contemporanea ha messo in rilievo, a noi sembra che ciò che deve essere sottolineato, e che si presenta come radice in base alla quale se ne comprendono le varie dimensioni, è certamente il momento della parola del giurista, intesa come *logos* che è innanzitutto *dynamis*, prima di essere *lexis*.

Un secondo momento fondamentale è quello del dialogo fra i giuristi, della sua articolazione dialettica, che è costitutivo dell'individuazione del significato del testo giuridico, in quanto nella mentalità dei giuristi, a partire dalla prassi medievale, il senso del giuridico si dà soltanto nella rappresentazione comune e reciproca dei soggetti partecipanti al dialogo.

In terzo luogo viene poi il momento della riflessione scientifica, quello in cui si realizzano tanto il momento soggettivo della competenza comunicativa del giurista, quanto quello intersoggettivo logico-dialogico: è il linguaggio dottrinale inteso come organismo vivente, in continua crescita. A questo momento del linguaggio è legata la stessa storicità del diritto che potremmo definire come disponibilità e attitudine del giurista a comprendere i problemi sociali e i conflitti d'interesse partendo dal contesto specifico da cui essi scaturivano.

In virtù di questa centralità del linguaggio in tutto ciò che chiamiamo diritto, è naturale che la persuasività che da esso emana divenga anche il momento costitutivo della letteratura giuridica e delle sue forme¹². Questo, però, presuppone che si faccia piena luce sulle modalità applicative del diritto, le quali corrispondono, dal lato della resti-

¹² Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961; ID., *La controversia: contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966; ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 2-3 (1986), pp. 81 ss.; ID., *L'ordo iudiciarius' medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in «Riv. dir. proc.», 43 (1988), pp. 598 ss. Su questo importante autore, v. il volume collettaneo a cura di F. TREGGIARI, *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, 1999; F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, nel volume a cura di F. TREGGIARI, *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII Centenario dell'ateneo*, Roma 2010, pp. 73 ss.; A. DE NITTO, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, II, Roma 2010, pp. 211 ss.; i contributi raccolti nel volume *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. CERRONE e G. REPETTO, Milano, 2012.

tuzione e della interpretazione del testo giuridico, al momento della riflessione scientifica e alla sua essenzialità all'interno del linguaggio del giurista. Esso, infatti, media l'originarietà del testo, e della stessa identità applicativa, con il processo della tradizione, della conservazione e della comunicazione del testo che è presupposto dalla *scientia iuris*.

Tradizione e linguaggio sono tra quelle componenti che hanno assunto nel pensiero giuridico umanistico sempre maggiore rilievo, divenendo addirittura dominanti in alcune delle sue correnti più interessanti e più vive, e tradizione e linguaggio sono indubbiamente i due temi che stanno al centro dell'opera dei giuristi italiani. La caratteristica della loro prospettiva, anzi, sta proprio nell'aver visto tradizione e linguaggio non come due problemi diversi, seppur destinati a integrarsi e a fecondarsi reciprocamente ma, piuttosto, come gli aspetti essenziali di quel processo interpretativo che è fondamentalmente la vita dell'uomo.

Il pensiero dei nostri giuristi, infatti, tra XIV e XV secolo, è contrassegnato in senso storicistico e nasce dal ripensamento delle acquisizioni teoriche e pratiche del *mos italicus*. Quei nostri giuristi, pur volendosi criticamente distanziare dalla tradizione medievale, di quella tradizione hanno mantenuto il nucleo fondamentale, ovvero le strutture teoriche per renderle ancora operanti attraverso un contrasto serrato con le dottrine del proprio tempo, per intendere il diritto nella sua complessità, come principio, ordine e senso dell'esperienza giuridica, legata alla storia degli uomini, al loro agire e al loro pensare e all'esperienza del giurista, ai linguaggi attraverso i quali si manifestava, all'orizzonte in cui si collocava.

Occorre subito sgombrare il terreno da un equivoco che potrebbe portare a fraintendere la posizione e gli intenti dei nostri giuristi e che potrebbe scaturire da una concezione troppo convenzionale del lessema 'diritto vivente' e delle dinamiche della giuridicità. Uno dei presupposti essenziali del lavoro dei giuristi italiani, già a partire dalla stagione della Glossa¹³ e più avanti nel rinascimento umanistico è, infatti, la convinzione che l'interpretazione del diritto si sia sciolta gradualmente dalla sua semplice funzione pragmatica di rendere possibile

¹³ G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt a. M., 1971; importante la riflessione di B. BRUGI, *Il metodo dei glossatori bolognesi*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 1, Palermo, 1936, pp. 23 ss. Su queste problematiche v. *infra* cap. II, § 2 e 4 e cap. III, § 3 e 4.

o facilitare la comprensione del testo giuridico. Si riconosceva, infatti, che la tradizione del testo giustiniano esige una nuova e più corretta appropriazione.

Il conseguimento di una presa di coscienza professionale è verosimilmente la più importante fra le rivoluzioni che attraversano la scienza giuridica medievale. La sua portata spirituale supera probabilmente quella che noi riconosciamo alle realizzazioni degli altri contesti del sapere, realizzazioni che hanno gradualmente trasformato le caratteristiche sociali di quell'età. L'autonomia professionale che il giurista acquisisce è un privilegio (ma anche un onere) quale non era stato riconosciuto ad alcuna delle generazioni anteriori. Si allude al privilegio del giurista di avere piena coscienza della storicità del suo presente e della relatività delle opinioni che man mano vengono espresse in ordine ai problemi applicativi del diritto¹⁴.

Le differenti concezioni, muovendo dai loro rispettivi punti di vista, si trovavano in sintonia sul fatto che le loro opposte posizioni formavano un tutto coerente e che ciascuna concezione fosse pienamente cosciente del carattere specifico della propria prospettiva. Nessun giurista medievale poteva più sottrarsi a questa riflessività caratterizzante lo spirito della giurisprudenza. Da quel momento veniva meno l'atteggiamento di chiusura entro i limiti rassicuranti di una tradizione esclusiva, allorché la coscienza medievale è pronta a intendere la possibilità di una molteplicità di punti di vista relativi. Così i giuristi si abituano a rispondere agli argomenti che venivano loro opposti, con una riflessione che si collocava deliberatamente entro la prospettiva altrui.

Già Alberico da Rosate sottolineava il rapporto di prevalenza del diritto rispetto alla grammatica, nell'ambito di una ideale gerarchia delle discipline della conoscenza¹⁵. Il lavoro di questo giurista scaturì

¹⁴ Mostra di cogliere bene quest'aspetto Leibniz (*Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae* (1667), II, § 9, ed. PIZZORNO, p. 194), allorché mette in chiaro come già i glossatori «videntur pro certo habuisse methodo legum semper esse utendum, quasi eae in logicam exercerent imperium». Su Leibniz e il diritto cfr. B. PIERI, *Il giovane Leibniz e lo stato del diritto comune nella giurisprudenza del tempo*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, III, Firenze, 2014, pp. 363 ss.; v. anche l'introduzione a G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e dissertazione sui casi perplessi in diritto*, a cura di A. ARTOSI, B. PIERI, G. SARTOR, Torino, 2015 (ivi bibliografia).

¹⁵ ALBERICO DA ROSATE (in *proemio in primam ff. novi*, nr. 18): «commendabilis est haec legalis scientia, quia universalior est aliis scientiis. Aliae nam scientiae de aliquo particulari tractant, haec autem quasi de omnibus scientiis et maxime liberalibus tractat. Nam tractat de

va dalla prassi e nella prassi confluiva e incideva, pur con la propria autonoma struttura e funzione. Si pensi alla realtà del diritto statutario e alle sue *Quaestiones statutorum*¹⁶.

La preminenza accordata al momento pratico, non solo rappresentava una generale tendenza di concretezza e di razionalità, secondo l'esigenza di riferirsi alla vita come dimensione in cui quella tendenza acquistava significato e valore, ma offriva, altresì, una ferma indicazione del modo specifico in cui quella tendenza e quella esigenza potevano venire soddisfatte.

La preferenza per l'aspetto "pratico" rappresentava un'opzione metodologica con la quale intendere l'esperienza giuridica, interpretandola da un angolo visuale specifico della sua complessità. Di qui l'importanza che venivano ad assumere i problemi attinenti agli aspetti politici e, dunque, alle modalità di ordinamento della convivenza, nonché i problemi riguardanti gli aspetti etico-giuridici, che erano influenzati, nella individuazione delle soluzioni, dai problemi pratici, ma che comunque assumevano un loro precipuo rilievo per l'orientamento dell'esperienza giuridica.

Esemplare, da questo punto di vista, anche la riflessione di Luca da Penne¹⁷ considerato un precursore dell'umanesimo per la sapiente ma-

primis literis, ex quibus omnes latinae scientiae sunt contextae». Su Alberico, v. A. SOLMI, *Alberto da Gandino e il diritto statutario del sec. XIII*, in *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937, pp. 342 ss., 383 ss.; L. PROSDOCIMI, *Alberico da Rosciate e la giurisprudenza italiana del sec. XIV*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», 29 (1956), pp. 67 ss.; v. anche la nota successiva.

¹⁶ Cfr. G. BARNI, *Civis e civitas nel De statutis di Alberico da Rosate*, in *Studio in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, 1971, IV, pp. 499 ss.; D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione nel pensiero giuridico del Trecento italiano: le «Quaestiones statutorum» di Alberico da Rosate (c. 1290-1360)*, in *L'educazione giuridica*, Napoli, 1988, vol. V.2 (*Modelli di legislatore e scienza della legislazione. Modelli storici e comparativi*), pp. 109 ss.; ID., «Nembrot primus fuit tyrannus»: *tiranno e tirannide nel pensiero giuridico-politico del Trecento italiano: il commento a C. 1,2,16 di Alberico da Rosate (c. 1290-1360)*, in «Annali dell'Istituto italiano per gli studi storici», 6 (1979-1980), pp. 83 ss.

¹⁷ LUCA DA PENNE in *I. Iuri operam, ff. De iustitia et iure*, nr. 5; D. 1.1.1. Su questo giurista, v. F. CALASSO, *Studi sul commento ai «Tres libri» di Luca da Penne: la nascita e i metodi dell'opera*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 5 (1932), pp. 395 ss. (poi in «Annali di storia del diritto», 9 (1965), pp. 313 ss.); ID., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, 1957, pp. 171 ss.; W. ULLMANN, *The Medieval idea of law as represented by Lucas De Penna: a study in fourteenth-century legal scholarship*, London, 1946; D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, pp. 95 ss.; M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli, 1984, pp. 325 ss.; E. CONTE, *Tres Libri Codicis. La ricomparsa del testo e l'esegesi scolastica prima di Accursio*, Frankfurt am Main, 1990; ID., *Luca da Penne*, in «Dizionario biografico degli italiani», 66, Roma, 2006; M. CARAVALE, *Luca da Penne e i giuristi abruzzesi*, in «Quaderni del Bullettino della deputazione

neggevolezza di fonti extragiuridiche e in particolare letterarie, che con la *Lectura* ai *Tres libri* del codice giustiniano affrontava i problemi politico-istituzionali del suo tempo in un confronto continuo con le fonti giuridiche antiche. La rilevanza da attribuire a questi vari momenti si profilava in rapporto all'esperienza giuridica, intesa come sintesi, continuamente rinnovantesi, del nesso teoreticità/praticità: per cui l'esperienza tendeva a tradursi nella razionalità e nella consapevolezza che caratterizzano le forme dell'interpretazione e l'interpretazione tendeva a orientare l'esperienza, secondo uno scambio continuo.

La scienza giuridica si caratterizzava per questa forma di riflessione, che i giuristi impiegavano metodicamente. Ciò significava vincere in maniera coerente quella ingenuità culturale che avrebbe fatto loro giudicare il passato secondo le misure della propria vita, nella prospettiva delle proprie istituzioni, dei propri valori e delle verità acquisite, assunte come teoremi convenzionali.

Coscienza della storicità voleva dire pensare espressamente il diritto nel quadro storico della vita che allora si viveva e che i giuristi avevano vissuto. Essi non si limitavano più ad ascoltare la voce che giungeva loro dal passato ma, riflettendo su di essa e mettendola in discussione, la ricollocavano nel contesto in cui si era radicata, per coglierne il significato e il valore relativo che le si conveniva¹⁸.

Non si superano le difficoltà della ricerca giuridica, intrinseche alla natura stessa del rapporto tra ordinamenti giuridici e storia, omettendo di prendere in considerazione i percorsi che dal diritto stabilito in un testo legale o creato dottrinarmente portano verso il diritto effettivamente applicato, e dalla dimensione del diritto autoritativamente statuito verso piani non minori, ma "altri" di giuridicità.

abruzzese di storia patria», 13 (1994), pp. 5 ss.; ID., *La monarchia meridionale: istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari, 1998, pp. 201 ss.

¹⁸ Si veda ANDREA ALCIATO (*Oratio in laudem iuris civilis, principio studii cum Avenione profiteretur* (1546), in opera IV, pp. 1027 s. e *Oratio dum Bononiam adscitus esset, et cooptatus in locum Pauli Parisi, ad publice profitenda Jura Civilia frequentissimo Conventu* (1546), in Opera, IV, p. 1055 s. Su queste due orazioni, nelle quali l'esperienza giuridica è qualificata come "vera philosophia" e riportata a una dimensione universale, v. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 191; M. CAVINA, *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna. Carolus Ruinus (1456-1530) eminentis scientiae doctor*, Milano, 1988, pp. 134 ss.; 222 ss. Su Alciato v. *infra* Cap. II, § 2; Cap. III, § 3 e 6.

Diversamente dalla scelta, certo praticabile, del giurista positivo di interessarsi esclusivamente agli aspetti del diritto vigente, lo storico del diritto è tenuto a spingersi oltre le forme del diritto ufficiale, fino a ricavare la proiezione di quell'ordinamento di fatto che riassume l'effettiva configurazione del diritto in una comunità storicamente individuata. Ad ogni modo, per lui «il diritto fisiologicamente non è (o non è mai soltanto) né un insieme di forme coartanti il divenire della vita sociale, né un insieme di regole autoritarie a presidio del potere costituito, non è cioè un artificio ma possiede un significato squisitamente ontologico, affonda nelle scaturigini più intime di una società e ne esprime radici e valori»¹⁹.

Quanto finora argomentato dovrebbe poter giustificare i termini della ricerca – che ha dovuto riscontrare la carenza di ricostruzioni globali cui difettano, allo stato delle indagini, molte premesse – e quei profili che potrebbero apparire inutili deviazioni ma non, probabilmente, a chi si schieri dal punto di vista dell'analisi contemporanea delle rigidità formalistiche della scienza giuridica, più che mai interessanti per la trattazione in esame.

Questa si suddivide in diverse prospettive.

Da una parte critica l'indeterminatezza di una “storia dei dogmi” giuridici: insieme di vicende tacite in un universo senza persone, se non siano le grandi figure sacerdotali²⁰, o piuttosto le sembianze, dei *prudentes* medievali.

Dall'altra, si occupa di fronteggiare gli esiti non risolti di approcci meramente eruditi di una parte della storiografia giuridica che rimangono, naturalmente, tali anche quando una persistente tendenza filologica venga mascherata da tesi storiografiche immotivate, viziate da pregiudizi retorico/nazionali, dottrinali o ideologici.

In ultima analisi, mette sull'avviso contro l'impiego illusorio di costruzioni teoriche che mostrino in sé di contenere i dati storici e contingenti delle forme istituzionali, ma le cui relazioni e conseguenze appaiano, invece, riconducibili a un unico modello con il quale sareb-

¹⁹ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 5.

²⁰ Sul tema peculiare e ricorrente del giurista qualificato come *sacerdos iuris*, cfr. E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in *Università e società nei secoli XII-XVI*, Nono convegno internazionale, Pistoia, 20-25 settembre 1979, Pistoia, 1982, p. 223; vedi anche E.H. KANTOROWICZ, *Federico II imperatore*, tr. it., Milano, 1976, p. 335 (su quest'autore v. R. DELLE DONNE, *'Historisches Bild' e signoria del presente. Il 'Federico II imperatore' di Ernst Kantorowicz*, nel volume collettaneo *Le storie e la memoria. In onore di Arnold Esch*, a cura di R. DELLE DONNE e A. ZORZI, Firenze, 2003, pp. 295 ss.).

be possibile comprendere i tratti essenziali di una realtà storica e sociale.