



## *Radici e tradizioni della scienza giuridica italiana: alcune prospettive*

MASSIMO NARDOZZA

**Abstract:** The essay attempts to trace the specificity of Italian legal science which, born out of a national horizon and heterogeneous with respect to the typical paradigms of other experiences such as the French and English ones, appears constantly exposed to the conflicts and traumas of the link with tradition and with the ancient world.

[**Keywords:** law, life and history; analysis of the legal text; tradition / legal thought]

### 1. Diritto vivente e svolte interpretative

A partire dagli anni Cinquanta del Novecento, si assiste in Italia a una revisione critica importante sia del metodo, sia dell'approccio teorico all'interpretazione del diritto. È dato osservare come il discorso giuridico sia suffragato da ricerche finalizzate a indagare l'effettivo modo di argomentare e di interpretare dei giuristi; a fronte del rifiuto delle rigidità dello scientismo e del positivismo (in special modo con riferimento all'assunzione di criteri precostituiti e rigidi di razionalità) si pone l'apertura alla storia, non soltanto finalizzata alla ricostruzione genealogica, ma volta a individuare le forme permanenti di appropriazione dell'esperienza del giurista nelle sue movenze originarie, innanzitutto creative.

Tullio Ascarelli introduceva la riflessione sul "diritto vivente" che, "dietro ed oltre la nozione di legge [...] si rileva attraverso la pratica applicazione degli istituti"<sup>1</sup>. Nella

---

<sup>1</sup> T. Ascarelli, "La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale", in E. Albertario (a cura di), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 451; cfr. pure Id., "In tema di interpretazione ed applicazione della legge", *Rivista di diritto processuale*, (1957), p. 352.



sua impostazione si denunciava l'insufficienza del dato testuale contenuto nelle disposizioni legislative e l'assoluta necessità, da parte dell'interprete, di ricorrere a elementi extragiuridici per ricostruire il significato del testo, per giunta non sempre riducibile al catalogo formale della gerarchia delle fonti di produzione del diritto<sup>2</sup>.

Quella riflessione si può considerare come una svolta interpretativa nella scienza giuridica italiana, già disposta a un mutamento di paradigma nel senso indicato da Ascarelli<sup>3</sup>. L'assunto interpretativo si fondava sul presupposto che le norme

---

<sup>2</sup> Tullio Ascarelli in numerosi lavori aveva tentato di rivedere categorie evolutive tradizionali adeguandole soprattutto a quei settori degli ordinamenti giuridici contemporanei, come il diritto commerciale e il diritto del lavoro, che mostravano, sotto le crescenti sollecitazioni, evidenti segni di dinamica interna. In contributi significativi Ascarelli aveva in particolare delineato, in contrapposizione alla distinzione tra visuale giuridica formale e sostanziale, una visuale diversa, di tipo "comparativo" che teneva conto dell'apparato concettuale della teoria generale dei diversi sistemi di *civil law* e *common law* e che veniva proposta come quella probabilmente dominante nel diritto contemporaneo. Sul pensiero di questo importante autore e sulla dimensione del contributo apportato alla teoria dell'interpretazione si vedano, oltre ai lavori di L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954, pp. 191 ss. e Id., *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955, pp. 129 ss., il denso saggio di N. Bobbio, "L'itinerario di Tullio Ascarelli", in L. Buttarò (a cura di), *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, Giuffrè, 1969, pp. LXXXVIII ss. (poi in Id., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1977) e quello di M. Reale, "La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli", *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 60 (1983), pp. 231 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'ermeneutica di Ascarelli, in ordine ai profili posti a fondamento della dottrina del "diritto vivente", cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso e implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994 (i capitoli I, II e III della prima parte); in ordine ai problemi di diritto commerciale, cfr. B. Libonati, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, III (1997), pp. 551 ss.; M. Barela, "Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli", *Rassegna di diritto civile*, (2004), pp. 909 ss. Per le implicazioni storiografiche e di metodo cfr. P. Grossi, "Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)", in Id., *Assolutismo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 323 ss.; nonché A. Sciumé, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 228 ss.; M. Stella Richter, "Tullio Ascarelli e i beni immateriali", in A. Sciumé, E. Fusar Poli (a cura di), "Afferrare...l'inafferrabile". *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 53 ss.; F. Migliorino, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich*, Milano, Giuffrè, 2021. Sul campo comune ad Ascarelli e Grossi in riferimento alla funzione ordinante del sapere giuridico di fronte alle esigenze economiche del mercato, cfr. B. Sordi, "Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)", in M. Sbriccoli et al. (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 319 ss. Sulle inclinazioni filosofiche cfr. F. Casa, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; descrittivo del metodo, ma non incisivo, il lavoro di M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>3</sup> È sufficiente, infatti, pensare a lavori come quelli sull'interpretazione di Emilio Betti e al loro proposito di pervenire all'individuazione dei principi metodologici di una fondazione storiografica del diritto, presentata da un lato come ampliamento e dall'altro come correzione dei presupposti dell'impostazione pandettistica: E. Betti, "Diritto romano e dogmatica odierna", *Arch. giur.*, 99 (1928), pp. 729 ss.; Id., "Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 15 (1937), pp. 137 ss.; Id., "Le categorie civilistiche dell'interpretazione", *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 2 (1948), pp. 34 ss.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè,



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 riconosciuta<sup>4</sup>. Il

---

1949; Id., “Forma e sostanza dell’*interpretatio prudentium*”, in G. Moschetti (a cura di), *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 1948)*, II, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 103 ss.; Id., “Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung”, in AA.VV., *L’Europa e il Diritto romano. Studi in onore di P. Koschaker*, II, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 18 ss.; Id., “Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre: ein hermeneutisches Manifest”, in W. Kunkel, H.J. Wolff (a cura di), *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen, J.C.P. Mohr, 1954, 2, pp. 79 ss.; Id., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955, spec. § 36. Su Betti, cfr. *infra*, nota 66. La prospettiva storica, per quegli autori che si sforzavano di ricondurla all’interno della prospettiva teorico-giuridica, costituiva ora non solo una estensione dell’orizzonte di ricerca volta ad aumentare i dati disponibili, ma una fonte da cui ricavare criteri di razionalità interni all’ordinamento o un quadro comparativo per studiare le influenze esterne cui l’ordinamento è sottoposto; restavano sullo sfondo, naturalmente, rinnovati tentativi di applicare alla storia dei concetti giuridici – e per questa via anche alla storia degli istituti – gli strumenti della teoria generale; cfr. ad es. Pugliatti, del quale si possono ricordare, oltre alla rilettura totale di assetto fatta in S. Pugliatti, *Gli istituti di diritto civile*, I, *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1943, i temi dell’autoresponsabilità, del rapporto giuridico unisoggettivo, della pubblicità, dei trasferimenti coattivi. Su quest’autore, cfr. E. Paresce, “Il metodo e la teoria: Salvatore Pugliatti tra la logica giuridica e lo storicismo”, *Rivista di diritto civile*, 1 (1978), pp. 541 ss.; P. Perlingieri, “Salvatore Pugliatti ed il ‘principio della massima attuazione della Costituzione’”, *Rassegna di diritto civile*, (1996), pp. 807 ss.; V. Scalisi, “Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti – Attualità di un insegnamento (2003)”, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 5 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000; Id., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002; Id., “Salvatore Pugliatti giurista inquieto”, *Rivista di diritto civile*, 1 (2003), ora in Id., *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 541.

<sup>4</sup> 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”; cfr. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker e Humblot, 1913, trad. it. a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 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 (Freirechtsbewegung). Sul movimento, le cui vicende sono state ottimamente ricostruite retrospettivamente da L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 201 ss., cfr. H. Sinzheimer, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, M. Rieger, 1909; L. Spiegel, “Jurisprudenz und Sozialwissenschaft”, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 36 (1909), pp. 1 ss.; J.G. Gmelin, *Quousque? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung*, Hannover, Helwing, 1910; E. Fuchs, “Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, (1910), pp. 283 ss.; H.U. Kantorowicz, “Rechtswissenschaft und Soziologie”, in G. Simmel, *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages von 19-22 Oktober in Frankfurt a.M.*, Tübingen, 1911, pp. 275 ss., trad. it. in E. Lask et al., *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, pp. 57 ss.; H. Wüstendörfer, “Die deutsche Rechtssprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 110 (1913), pp. 219 ss.; Id., “Die beiden ersten Soziologentage und die Rechtswissenschaft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 34 (1915), pp. 399 ss.; Id., “Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 9 (1915-1916), pp. 170 ss., 289 ss., 422 ss.; A. Nussbaum, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft*



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

Gli anni successivi vedranno il moltiplicarsi di critiche al formalismo giuridico di Kelsen<sup>5</sup>, l'irruzione di metodi di analisi sociologico-giuridica, l'affermarsi di una storiografia giuridica come quella di Kantorowicz<sup>6</sup>, svincolata più di ogni altra da pretese sistematiche e, soprattutto, di fondazione di un ordine teorico.

Un tratto comune a questi stili di ricerca era il rovesciamento di stereotipi consolidati, laddove l'attenzione prestata più alle "particolarità" della prassi ordinaria che alle grandi costruzioni teoriche avrebbe rivelato, naturalmente, un'insofferenza per le certezze, teoriche e ideologiche, della riflessione puramente dogmatica.

---

*und Unterricht*, Tübingen, 1914, ora in Id., *Die Rechtsstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, M. Rehbinder (a cura di), Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 18 ss.

<sup>5</sup> G. Capograssi, "Impressioni su Kelsen tradotto", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4 (1952), pp. 767 ss., ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, V, pp. 313 ss. È importante, proprio in relazione agli assunti kelseniani, la riflessione, in tema di persona giuridica, di T. Ascarelli, "Personalità giuridica e problemi delle società", *Rivista delle società*, (1957), pp. 921 ss., poi in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 235 ss. (per la differenza di metodo Ascarelli/Kelsen, cfr. F. D'Alessandro, "Persone giuridiche e analisi del linguaggio", in L. Buttaro (a cura di), *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., pp. 241 ss., spec. 252).

<sup>6</sup> Con *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (pubblicato con lo pseudonimo di *Gnaeus Flavius*, nel 1906, tradotto in italiano nel 1908) Kantorowicz si mise in prima linea tra i sostenitori del "diritto libero", cioè della tendenza ad allargare i poteri del giudice, a favorirne le decisioni secondo equità piuttosto che secondo diritto scritto. Notevoli i suoi studi critici dei testi della letteratura giuridica medievale, nei quali si puntualizzava l'attenzione per la prassi. Oltre alle numerose monografie pubblicate in gran parte nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cfr. H.U. Kantorowicz, *Einführung in die Textkritik. Systematische Darstellung der textkritischen Grundsätze für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1921, anche in Id., *Rechtshistorische Schriften*, a cura di H. Coing, G. Immel, Karlsruhe, C.F. Müller, 1970, pp. 33 ss.; quest'opera si era venuta componendo nel corso della laboriosissima preparazione della edizione critica del *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino: H.U. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, I: *Die Praxis: Ausgewählte Strafprozessakten des 13. Jahrhunderts nebst diplomatischer Einleitung*, Berlin, J. Guttentag, 1907; II: *Die Theorie: Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig, J. Guttentag, 1926. Sull'opera e il pensiero di Kantorowicz, cfr. K. Muscheler, *Herman Kantorowicz*, Freiburger, Duncker & Humblot, 1984; per un profilo biografico cfr. la presentazione della edizione italiana di H.U. Kantorowicz, *Introduzione alla critica del testo. Esposizione sistematica dei principi della critica del testo per filologi e giuristi*, a cura di L. Atzeri e P. Mari, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2007.



Nei suoi scritti Ascarelli riprendeva l'insegnamento di Vivante<sup>7</sup>, intendendo proporre una rifondazione del sistema giuridico basata sull'influenza e sul potere della scienza giuridica custode del diritto, essa stessa diritto vivente. In ciò si affiancava ad altre proposte interpretative. Basti pensare alla critica di Santi Romano al monopolio del diritto da parte degli apparati statuali, alla base della teoria del pluralismo degli ordinamenti.

Il diritto non è posto, bensì sorge in un'evoluzione involontaria di comportamenti: è prodotto di storia e di coerenza che in esso si realizza, non solo come valore costituzionale, ma come congruenza nel livello sostanziale contenutistico e che, come tale, deve essere individuata, perché non appare accettabile che la coerenza sia definizione del diritto positivo. Il diritto diventa, nella sua coerenza, natura, con un salto di qualità: natura delle cose<sup>8</sup>.

Il mutamento di paradigma, per quanto indubbiamente influenzato dallo spirito del tempo, aveva profonde motivazioni scientifiche: suonava, infatti, come una reazione al modello prevalente ereditato dalle esasperazioni pandettistiche, un modello secondo il quale le diverse soluzioni giuridiche e di organizzazione sociale potevano essere ricondotte a formule complesse e in qualche modo invarianti, un modello capace di sussumere diversi apporti teorici ottocenteschi in una costruzione speculativa fondata sui "valori".

A tale funzionalismo, che in numerose varianti aveva dominato le teorie giuridiche dei primi tre decenni del Novecento, si opponeva (o aggiungeva, a seconda dei casi e della

---

<sup>7</sup> C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, F. Vallardi, 1929<sup>5</sup>, p. VII. Esemplare quanto rileva Paolo Grossi (*Scienza giuridica italiana*, cit., p. 53) a proposito della concezione di questo *Trattato*: "il giurista non deve mai dimenticare che il diritto è ordinamento del sociale e non può mai inaridirsi in un *corpus iuris* prestabilito. La metodologia vivantiana guarda alla vita; e proprio in forza di questo vitalismo guarda alla storia del passato che è vita interamente vissuta e che è in grado di esprimere un messaggio perfettamente compiuto, alla storia in atto, all'esperienza quotidiana che vive il presente ma che sta già presagendo il futuro e disegnando il futuro". Sul punto cfr. A. Sciumè, "Vivante Cesare. Il contributo italiano alla storia del pensiero", Treccani, 2012, [https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/); M. Stella Richter, "Cesare Vivante e il 'mito di fondazione' della scienza del diritto commerciale", *Rivista del diritto commerciale*, (2014), 1, pp. 523 ss.

<sup>8</sup> C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., IX ss.; T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952; Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955; Id., *Problemi giuridici*, I, cit. Utili le considerazioni di L. Pelliccioli, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il "diritto naturale" dei giuristi*, Pisa, ETS, 2015, pp. 45 ss.



consapevolezza teorica) il recupero di altre tradizioni di pensiero: Max Weber e la metodologia “comprendente”<sup>9</sup>, le tesi volontaristiche sull’azione di Maurice Blondel<sup>10</sup>, il recupero della filosofia di Vico<sup>11</sup>.

In questo quadro, l’opera di giuristi come Giuseppe Capograssi, Riccardo Orestano e Salvatore Satta assumeva la funzione di sintesi di diversi apporti teorici alternativi<sup>12</sup>.

Naturalmente si tratta solo di generalizzazioni che non rendono giustizia al pluralismo della svolta interpretativa cui si accennava. Per fare solo un esempio, molti storici del diritto romano, dato il loro prevalente scetticismo nei confronti delle teorie filosofiche, non si sarebbero riconosciuti in questo quadro iper-semplificato<sup>13</sup>. Tuttavia,

---

<sup>9</sup> M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, 1958, pp. 256 ss. Su Weber e sulla sua influenza storiografica cfr. W. Hennis, *Il problema Max Weber. Studi sulla biografia dell’opera*, trad. it. di E. Grillo, Roma-Bari, Laterza, 1991; Id., *Max Webers Wissenschaft von Menschen. Neue Studien zur Biographie des Werks*, Tübingen, Mohr, 1996; G. Hübinger, “Kapitalismus und Kulturgeschichte”, in G. Hübinger, R. vom Bruch, F.W. Graf (a cura di), *Kultur und Kulturwissenschaften um 1900*, Stuttgart, Steiner, 1989, pp. 25 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *Max Weber e le economie del mondo antico*, Roma-Bari, Laterza, 2000; F. Tessitore, *Lo storicismo come filosofia dell’evento*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001, pp. 41 ss.; G. Itzcovich, “Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31 (2001), pp. 365 ss.

<sup>10</sup> M. Blondel, *L’action. Essai d’une critique de la vie et d’une science de la pratique*, Paris, 1893, trad. it. *L’azione. Saggio di una critica della vita e di una scienza della pratica*, Firenze, Vallecchi, 1921. Sull’importanza di quest’opera cfr. P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 20 (ivi riferimenti all’apprezzamento anche da parte di Emilio Betti).

<sup>11</sup> N. Bobbio, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, Giappichelli, 1947; G. Fassò, *I “quattro autori” del Vico*, Milano, Giuffrè, 1949; A. Levi, “Il diritto naturale nella filosofia di Vico”, in Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, Cedam, 1957; B. De Giovanni, “Riflessione sulla critica della conoscenza pura nel ‘Diritto universale’, Vico e Cartesio”, *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Bari*, 17 (1962), pp. 32 ss.; N. Badaloni, *Introduzione a Vico*, Milano, Feltrinelli, 1961. Sull’importanza del pensiero vichiano nell’ermeneutica giuridica, cfr. G. Crifò, “L’ultimo retore, il primo scienziato?”, in G. Vico, *Institutiones oratoriae*, a cura di G. Crifò, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 1995, pp. XV ss.

<sup>12</sup> Nel medesimo contesto problematico si inseriranno le ricerche storiografiche sul diritto giurisprudenziale di Luigi Lombardi (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.), quelle sullo stile e sulle raccolte di giurisprudenza di Luigi Gorla (“Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l’interpretazione delle sentenze”, *Foro italiano*, (1964), 5, c. 80) e quelle ricostruttive dei sostrati ideologici, di Mario Sbriccoli (*L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi in età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969) e Giovanni Tarello (*Storia della cultura giuridica moderna—Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988).

<sup>13</sup> Una delle caratteristiche peculiari di quegli anni è la centralità del dibattito italiano in ordine al ruolo della riflessione filosofica rispetto a quello della storia del diritto. Intorno a questo problema si addensano, infatti, sia gli elementi di continuità e trasformazione delle visuali positivistiche, sia i momenti di aperta critica. Di qui anche la specificità del dibattito sull’utilità dello studio storico del diritto; il problematico rapporto tra categorie dommatiche e discontinuità storiche, che già aveva caratterizzato, in Germania, la nascita di una *Begriffsgeschichte*, compare qui nella forma metodologicamente enfatizzata di una



se consideriamo i risultati empirici di quelle nuove tendenze di ricerca, possiamo apprezzare i fattori che li rendono affini: l'interesse crescente per la dimensione linguistica delle relazioni giuridiche, l'attenzione per i problemi della prassi giudiziaria più che per le strutture categoriali e, soprattutto, l'inevitabile propensione all'interpretazione creativa dei "fatti giuridici" piuttosto che alla loro analisi oggettiva o neutrale<sup>14</sup>.

Quella svolta interpretativa portava a una riscoperta della dimensione empirica, svincolata dall'ossessione per i rigidi quadri concettuali.

Oggi possiamo affermare che la carica innovativa di quel metodo interpretativo è stata come neutralizzata. Dopo che ci siamo familiarizzati con quel metodo, dopo che è divenuto parte del nostro patrimonio generale di concetti teorici, le nostre aspettative tornano in equilibrio con i suoi usi effettivi e si pone termine alla sua accresciuta popolarità<sup>15</sup>. Esso diventa davvero, ma lo era già all'inizio, un'idea seminale, un elemento permanente e duraturo del nostro patrimonio intellettuale.

---

riflessione sulle corrette modalità di apprensione ed elaborazione concettuale dell'esperienza giuridica antica; cfr. sul punto M. Talamanca, "Diritto romano", in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 707 ss.; A. Schiavone, "Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia", in Id., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 275 ss.; M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2004; E. Stolfi, "Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale", in I. Birocchi, M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 19 ss.

<sup>14</sup> Per la riflessione sul concetto di fatto e fattispecie giuridica, negli anni in cui scriveva Ascarelli, cfr. A.E. Cammarata, "Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica", *Annali dell'Università di Macerata*, 5 (1929), pp. 393 ss., ora in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, Giuffrè 1963, pp. 247 ss.; D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1934; cfr. pure M. Allara, *Le vicende del rapporto giuridico, fatti giuridici, fattispecie*, Torino, Giappichelli, 1942; Id., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, Giappichelli, 1950; R. Scognamiglio, "Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto", *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 8 (1954), pp. 331 ss. Sulla complessa trama della cultura del periodo indicato, cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit.; Id., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit.; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

<sup>15</sup> Se solo si osserva la tendenza degli ultimi anni è difficile sfuggire all'impressione che il dibattito giuridico intorno al diritto vivente stia perdendo progressivamente in intensità, trovando luogo in maniera crescente sul piano teorico, dove non sono più tanto in gioco interessi orientati alla prassi, quanto una riflessione che pone in discussione il concetto stesso di diritto vivente, interrogandolo sulle sue condizioni e sulla sua funzione: cfr. L. Mengoni, "Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica", in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 141 ss.; G. Brogini, "Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente", *Jus*, (1997), pp. 139 ss.; il volume su *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, Cedam, 2003; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2006; G. Alpa, "Il diritto giurisprudenziale e il 'diritto vivente' – Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?", *Sociologia del*



## 2. Il problema dell'analisi del testo giuridico

Per afferrare il senso di questa neutralizzazione, tuttavia, bisogna guardare alla difficoltà generale che registra, attualmente, la scienza giuridica contemporanea.

Se la tradizione positivista, nelle sue diverse diramazioni e trasformazioni interne, è impegnata in una complessa operazione di ricambio paradigmatico<sup>16</sup>, la teoria generale – che, insieme all'ermeneutica giuridica, costituisce il tratto prevalente del pensiero giuridico tedesco – non appare in condizione diversa<sup>17</sup>. E neanche la riflessione francese sembra sottrarsi a questo stato di incertezza<sup>18</sup>. Quest'ultima, pur continuando a produrre testi di un certo rilievo, tende a riproporre modelli e teorie tralazie che

---

*diritto*, (2008), pp. 47 ss.; E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008; C. Messner, “‘Diritto vivente’ - Performativo, non discorsivo”, *Politica del diritto*, (2011), pp. 413 ss. Ripercorrere queste vicende potrebbe avere una sua valenza poiché, con molta verosimiglianza, verrebbero fuori elementi concreti del retaggio che taluni aspetti di fondo della nostra attualità esercitano anche sul lavoro di noi storici del diritto, condizionando il modo con cui esaminiamo le fonti e gli interrogativi di partenza. Si pensi, ad esempio, al peso che si tende ad attribuire alla percezione pratica di quanto si compie e alla sua diretta utilità (in senso economico) quale uno degli aspetti caratteristici della mentalità contemporanea (alludo a N. Irti, *Il nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 155, che parla di potenza economica che misura “uomini e cose secondo la logica della quantità”, la quale tende a “sopprimere le differenze soggettive”). Per le considerazioni critiche sul punto, cfr. *infra*, nota 23.

<sup>16</sup> A. Schiavello, “La crisi del positivismo giuridico. L'antigiustizianesimo di Lon Fuller e Ronald Dworkin”, in A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 120 ss.; P. Cappellini, “L'ermeneutica sulla luna. Ovvero come sta cambiando il nostro concetto di interpretazione”, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 71 ss.

<sup>17</sup> G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, Vita e Pensiero, 1989; suggeriscono l'impressione che la prassi concettuale del diritto possa essere colta non già con l'ausilio della logica, ma più adeguatamente con quello della retorica, gli scritti raccolti da K. Gräfin Von Schlieffen (a cura di), *Das Enthymem. Zur Rhetorik des juristischen Schließens*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011. Importante la traduzione italiana, curata da Giovanni Marino, di alcuni saggi di A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003; cfr. G. Marino, “Presentazione”, *Ibid.*, pp. V-XLV; Id., “Decisione, equità, Risiko-gesellschaft. Appunti dalla Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann”, in *Critica del diritto*, 1-2-3 (2004), pp. 302 ss.; A. Punzi, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 77 ss.

<sup>18</sup> P. Jestaz, C. Jamin, “La construction de la pensée juridique française: interrogations sur le modèle original à l'aune de son anti-modèle”, in D. de Bechillon *et al.* (a cura di), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, 2006, pp. 501 ss.; C. Amodio, “Nell'occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del diritto”, *Politica del diritto*, 40 (2009), pp. 605 ss.; N. Hakim, “Droit privé et courant critique: le poids de la dogmatique juridique”, in X. Dupré de Boulois, M. Kaluszynski (a cura di), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Kaluszynski, Paris, 2011, pp. 78 ss.; C. Amodio, *Au nom de la loi: l'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012.



assolvono più a una funzione di conferma del consueto operare piuttosto che servire da stimolo alla ricerca e al confronto<sup>19</sup>.

Ciò non vuol dire, comunque, che ciascuna di queste scuole non contenga ancora le risorse per rinnovarsi nei suoi temi e nel suo lessico concettuale. Il punto cruciale, sul quale si incentrano le difficoltà, è dato dal ruolo dominante giocato, certo diversamente, in tutte e tre queste tradizioni dal “testo giuridico”.

Se quella positivista nasce esplicitamente come analisi critica del “testo giuridico” – delle sue deviazioni improprie rispetto a dati principi di volta in volta definibili – l’ermeneutica giuridica vede il giurista-interprete da sempre immerso in una situazione linguistica precostituita che ne determina l’attività. Non diversamente l’approccio francese (per come è stato adottato ad esempio da Villey<sup>20</sup>) che, partendo anch’esso dall’assunto della natura linguistica dell’intera esperienza giuridica, cerca nella struttura del testo legale, smentendone il primato nella produzione del diritto, la cifra originaria idonea a riformulare le categorie fondative del sapere giuridico occidentale.

In ciascuno di questi filoni, insomma, in questione è il problema del senso dell’interpretazione, nella sua relazione con la possibile e, per certi versi inevitabile, chiusura metafisica che per i positivisti sarebbe provocata dagli errori logico-linguistici che insidiano la riflessione logico-giuridica, mentre per i teorici generali sarebbe provocata dalla pretesa di trasparenza di un’analisi giuridica di per sé sottratta alla semplice evidenza del dato testuale.

---

<sup>19</sup> Molteplici sono gli esempi di giuristi francesi che richiedono un nuovo colloquio con gli storici, nella certezza che la diagnosi della crisi, la necessità di una fondazione storiografica del metodo (ossia di legare le decisioni del presente alla lucida coscienza del passato) sono state avvertite piuttosto da storici del diritto che da giuristi positivi: cfr. M.-C. Belleau, “Les Juristes inquiets: Classicisme juridique et critique du droit au début du vingtième siècle en France”, *Les Cahiers de droit*, 49 (1999), pp. 507 ss.; P.N. Barénot, N. Hakim, “La jurisprudence et la doctrine: retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012), pp. 251 ss.; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001; G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002; N. Hakim, F. Mellray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009; F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX<sup>e</sup> e XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, CNRS éditions, 2013.

<sup>20</sup> M. Villey, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957; Id., *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1975), Milano, Jaca Book, 1986; su Villey cfr. la letteratura citata in F.S. Nisio, “Spinoza con Villey. Il diritto *sub specie aeterni*”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37 (2008), pp. 143 ss.



Sotto tale nodale profilo le tre matrici fondamentali della scienza giuridica contemporanea risultano tutte fortemente ispirate a quella svolta linguistica<sup>21</sup> che celatamente unisce nodi concettuali apparentemente disomogenei o finanche contrastanti. Che venga declinato più in senso ontologico, in senso epistemologico o in senso strutturale, il primato del testo di legge costituisce il presupposto fondamentale. Da qualunque parte si guardi alla dimensione giuridica del nostro tempo, il testo legale appare il punto di partenza di ogni indagine.

L'elemento comune a tutti questi orientamenti teorici è la tendenza a configurare l'intera scienza giuridica contemporanea nel circolo autoconfutativo della propria crisi, assecondando quella attrazione per il "postmoderno" che domina tutta la semantica del Novecento<sup>22</sup>, e che ha una connessione precisa con la sua subordinazione alla sfera del linguaggio.

Il compito attuale della scienza giuridica appare quello, autocritico, di mettere in discussione le proprie pretese egemoniche rispetto a una realtà collocata fuori dalla sua portata. Di qui la sua inclinazione necessariamente negativa, in senso generale e in senso tecnico: essa si afferma solo negandosi. Tutt'altro che creare i propri concetti, una simile scienza deve limitarsi a smontarli. In questo senso, l'atteggiamento critico dei giuristi nei confronti degli assetti sociali non può esprimersi che nella forma della propria crisi interna<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> N. Bobbio, "Scienza giuridica e analisi del linguaggio", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2 (1950), pp. 342 ss., poi ripubblicato in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 287 ss.; questo testo rappresenta, come è noto, il "manifesto" della svolta linguistica (cfr. R.M. Rorty (a cura di), *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1967, trad. it. parz. *La svolta linguistica*, Milano, Garzanti, 1994) applicata al diritto. Già nel 1948, comunque, Scarpelli aveva pubblicato con la stessa intitolazione una breve nota nella *Rivista di diritto commerciale*, 46 (1948), pp. 212 ss. (ora in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 1994, pp. 87 ss.).

<sup>22</sup> P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 3 ss.; Id., *Per un diritto amministrativo del tempo postmoderno*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45 (2016), pp. 9 ss.; Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 3 ss. e 39 ss.; P. Bonin, N. Hakim, "Postmodernità e romanità del diritto: di quale eredità il pensiero giuridico ricostruisce la genealogia?", in P. Bonin *et al.* (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XIII ss.

<sup>23</sup> Emblematica la riflessione sul nichilismo giuridico, a partire da N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005<sup>2</sup>, da leggere insieme a Id., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, a Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007 e a Id., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011. Il nichilismo giuridico è categoria che collega trasversalmente sapere giuridico e potere, natura e



### 3. Tradizione/pensiero giuridico

Se questo è il contesto all'interno del quale il pensiero giuridico contemporaneo rivela allo stesso tempo le sue acquisizioni e le sue difficoltà, si può dire che buona parte della scienza giuridica italiana ne rimanga estranea<sup>24</sup>.

Ciò non significa che la sfera del linguaggio non costituisca, in Italia, terreno di indagine giuridica<sup>25</sup>. Al contrario, dalle sue origini – già a partire dal Duecento e poi per tutta la stagione umanistica, fino a Vico – il linguaggio ne è uno degli oggetti privilegiati, secondo una inclinazione peculiare che talvolta arriva a intrecciare pensiero giuridico ed esperienza letteraria, come nel caso di Cino da Pistoia, Andrea Alciato o di Gian Vincenzo Gravina.

Non solo, ma anche la riflessione italiana più recente individua nel linguaggio giuridico il punto di sutura tra vita e storia<sup>26</sup>; una storia nella quale pensiero giuridico e

---

storia, tecnica e vita. Tale riflessione è sfociata in interpretazioni diverse e anche contrastanti tra loro; si veda B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Post-umanesimo 'noia' globalizzazione (Lezioni 2003-2004)*, Torino, Giappichelli, 2004; P. Grossi, "La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003), pp. 25 ss.; G. Alpa, "Sul nichilismo giuridico", *Materiali per una storia di una cultura giuridica*, 35 (2005), pp. 523 ss.; Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012.

<sup>24</sup> L. Lacchè, "Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010), pp. 153 ss.; Id., "La nazione dei giuristi. Il canone eclettico, tra politica e cultura giuridica: spunti per una riflessione sull'esperienza italiana della Restaurazione", in G. Baggio, E. Fregoso, F. Micolo (a cura di), *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Parma, MUP, 2011, pp. 263 ss.; Id., "Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e *Italian Style* tra '800 e '900", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 6 (2015), pp. 233 ss.; M. Meccarelli, "Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40 (2011), pp. 721 ss.

<sup>25</sup> B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001; Id., "Strutture testuali e stereotipi nel linguaggio forense", in A. Mariani Marini (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense. Atti del convegno Accademia della Crusca (Firenze, 31 gennaio–1 febbraio 2002)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3 ss.; P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008; F. Bambi, *Una nuova lingua per il diritto. I. Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>26</sup> P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, cit.; Id., *Per un glossario giuridico della Toscana Napoleonica, in Lingua degli uffici e lingua di popolo nella Toscana napoleonica*, Firenze, Accademia della Crusca, 1985, pp. 59 ss., spec. p. 68; il volume collettaneo: B. Pozzo, M. Timoteo (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 31 ss., 185 ss. Per una critica della concezione post-moderna del diritto



ideologie sono elementi indefettibili per ripercorrere la trama irregolare e disarmonica per cui passa la tensione etica della nostra civiltà. In quest'ultima impostazione, peraltro, si può cogliere un passaggio che sposta i termini del discorso in una direzione nuova, in cui il linguaggio giuridico, più che indagato nella sua struttura, è collocato in un contesto più ampio e connotato in senso ontologico<sup>27</sup>.

Già nei tardi anni Trenta del Novecento, del resto, in maniera assolutamente precoce, Giuseppe Capograssi<sup>28</sup> aveva inteso problematizzare il linguaggio della scienza

---

come linguaggio e, di conseguenza, della asserita irriducibilità del diritto a discorso razionale, in quanto frutto di interpretazione variabile determinata del discorso, cfr. M. Barcellona, "Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno", *Rivista critica del diritto privato*, 23 (2005), pp. 207 ss. Il raffronto tra pratica del diritto e pratica del linguaggio è comunque un nodo problematico costante; per le molteplici possibilità di approccio cfr. P. Piovani, "Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto", in Id., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 103 ss.; A. Giuliani, "La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 47 (1970), pp. 374 ss.; G. Marini, "Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica", *Atti e Memoria dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria*, 40 (1975), pp. 231 ss.; anche in Id., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, Morano, 1987, pp. 27 ss.; S. Pugliatti, "Sistema grammaticale e sistema giuridico", in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 3 ss.; B. Montanari, *Arbitrio normativo e sapere giuridico... a partire da G.F. Puchta*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 94 ss.; M. Manzin, *Il petrarchismo giuridico. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'Umanesimo*, Padova, Cedam, 1994, pp. 85 ss.; L. di Bona, "Illusione della forma regolamentare ed 'estasi' dei principi. Le lezioni americane di Calvino", *Cultura giuridica e diritto vivente*, 1 (2014), <https://journals.uniurb.it/index.php/cgdv/arti-cle/view/395/381>.

<sup>27</sup> Avverte l'esigenza di una ricostruzione delle categorie storico-concettuali che animano le vicende del dibattito teorico-linguistico sui diritti, L. Milazzo, "Diritto, dovere, potere o dei 'fantasmi giuridici'", in S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della repubblica. Doveri*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 31 ss. Sul nesso diritto/vita, cfr. P. Grossi, *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; *Ibid.* a p. 12, si afferma: "[...] il diritto è strettamente – direi: inscindibilmente – connesso con la vita, e ciò non può non avvenire, perché il diritto è trama ineliminabile della vita, ne è – anzi – una delle sue più sicure garanzie, il suo più affidante salvataggio". Si veda pure E. Resta, *Diritto vivente*, cit., *passim*; P. Zatti, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 5 ss., 55 ss., 163 ss., 229 ss.

<sup>28</sup> G. Capograssi, "Studi sull'esperienza giuridica", (1932) e Id., "Il problema della scienza del diritto", (1937), entrambi ora in Id., *Opere*, II, cit., pp. 209-373 e 375-627; cfr. pure Id., "Prefazione a *La certezza del diritto* di Flavio Lopez de Oñate", ora in Id., *Opere*, V, cit., p. 87. Sull'opera di Capograssi, cfr. C. Vasale, "Stato e individuo nel pensiero di G. Capograssi", *Civitas*, 27 (1966), 3 ss.; Id., *Società e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1972; l'ampia introduzione premessa da Mario D'Addio alla ristampa delle *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* e seguita dalla pubblicazione della inedita tesi di laurea su *Lo Stato e la storia* (Milano, Giuffrè, 1977); il volume collettaneo: P. Piovani (a cura di), *La filosofia dell'esperienza comune di G. Capograssi*, Napoli, Morano, 1976; G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, Cedam, 1976; V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988; V. Mura, *Statualismo e diritto sociale. Il saggio di Capograssi sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici: esercizio sulle varianti delle due edizioni (1936-1939)*, Pisa, ETS, 1979; i contributi raccolti nel volume *Due Convegni su Giuseppe Capograssi*, Roma-Sulmona, 1986, Atti a cura di F. Mercadante, Milano, Giuffrè, 1990; U. Pagallo, *Ambiguità dello Stato sociale. Comunità politica nel pensiero giuridico-politico di Giuseppe Capograssi*, Padova, Cedam, 1990; U. Pomarici, *L'individuo oltre lo Stato. La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Napoli, Editoriale



giuridica, intanto individuando al suo interno due elementi esperienziali costituiti rispettivamente dalla storia e dalla vita, ma soprattutto valorizzandone la dimensione della storicità<sup>29</sup>.

---

Scientifica, 1996; M.G. Esposito, *Diritto e vita. La lezione di Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1997; G. Cazzetta, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in M. Sbriccoli *et al.* (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, cit., pp. 287 ss.; P. Grossi, "Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi" (2006), ora in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 641 ss.; A. Punzi, "Ambiguità del tempo presente. Scienza, diritto, libertà nell'ultimo Capograssi", in F. Lanchester, T. Serra (a cura di), *Et si omnes ... Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 765 ss. (riveduto e aggiornato in A. Punzi, *Dialogica del diritto*, cit., pp. 21 ss.); A. Delogu, A.M. Morace (a cura di), *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un maestro oltre il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. Cossutta, "Intorno al colorito neo-romantico di Giuseppe Capograssi", in A. Ballarini (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 129 ss.

<sup>29</sup> Al di là di ogni facile ricerca di precorrimenti che sempre può annidarsi in un discorso che voglia mettere in tensione critica la tradizione della scienza giuridica con i bisogni di comprensione della contemporaneità, delle sue tendenze e delle sue articolate coordinate, una riflessione sul discorso giuridico, sulle sue pratiche, così come fu elaborata da Capograssi e valorizzata dalla storiografia giuridica in dialogo con i suoi insegnamenti, contribuisce alla chiarificazione di una esigenza che sempre più appare fondata e ineludibile. È ben noto, l'influsso esercitato da Capograssi su Orestano. Cfr. R. Orestano, "La cartografia dell'esperienza giuridica di Capograssi", in F. Mercadante (a cura di), *Due convegni su Giuseppe Capograssi*, cit., p. 673; Id., "Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista", *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 34 (1980), pp. 1174 ss. Sul nesso Capograssi-Orestano cfr. M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 112 ss. e 120 ss. Per ulteriori rilievi cfr. P. Grossi, "Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010), pp. 919 ss.; Id., "Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva 'Introduzione allo studio del diritto romano' di R. Orestano)", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 533 ss., poi in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 81 ss.; M. Nardoza, "Analisi del discorso giuridico e coscienza storica nel pensiero di Riccardo Orestano", in A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, Pacini, 2017, tomo III, pp. 1855 ss.). Ebbene, molto del lavoro critico che si è fatto su Orestano, o a partire da lui, si è sviluppato finora piuttosto come una prosecuzione della sua attività speculativa, al di là della normale fascinazione a cui soggiace sempre chi si metta a studiare un grande giurista, finendo non solo per assumere in proprio le sue ragioni, ma anche per imitarne lo stile. Nel caso di Orestano si è trattato anche di questo; con l'aggiunta, però, che il contenuto stesso del suo pensiero sembrava determinare precisamente questo atteggiamento come l'unico possibile. Ciò di cui sembra (a noi) esserci bisogno oggi nei confronti dell'opera di Orestano, contro la tendenza a proseguire il lavoro di storicizzazione, è uno sforzo di sistemazione che, senza pretendere a tutti i costi di riconoscerci un'articolazione teorica forte, per lo meno la interroghi quanto alla gerarchia interna dei suoi concetti e quanto a suoi nessi con la cultura e la scienza giuridica dell'epoca. Ciò non implica necessariamente l'assunzione di una posizione polemica nei confronti di Orestano; solo, il riconoscimento di una dislocazione, nella quale ci troviamo posti per la stessa distanza temporale che ci separa dall'opera e che la porta a noi nel quadro di una complessa "storia degli effetti". Di questa storia fa parte sia quello che ci è sembrato il "manierismo" di molti orestaniani o comunque ispirato a Orestano; sia lo svolgersi del pensiero di Orestano in senso sempre più accentuatamente (così almeno pare a noi) decostruttivo delle immagini pandettistiche, sia in termini molto più generali, quello che ci sembra poter chiamare l'affermarsi dell'ermeneutica giuridica negli anni recenti, come vera e propria nuova *koiné* di una larga parte della nostra cultura. Quest'ultimo fatto, se è tale, impone agli interpreti una nuova responsabilità, il compito di fornire risposte e non più solo di porre, avanguardisticamente, domande.



Chi nel dopoguerra inizierà a muoversi nella stessa direzione intuita da Capograssi, anche se con diversa inclinazione ideologica o formazione culturale, dovrà subire la disattenzione di un clima intellettuale rigidamente schierato sulla sponda opposta a quelle proposte. Per molti aspetti quella disattenzione e quella ostilità non sono diversi dall'atteggiamento presente, anche se ora i temi e i problemi individuati da Capograssi sembrano divenuti d'uso corrente e, in più direzioni, sviluppati da un insieme di autori tra loro disomogenei, ma tutti profondamente critici nei confronti degli statuti conoscitivi e degli aspetti storico-filosofici della modernità.

Il sintomatico ritorno alla vita e alla storia, la cui specificità è il risalto dato all'esperienza, consentiva di comprendere i caratteri essenziali di un'epoca. L'esperienza è, infatti, una sedimentazione sviluppatasi nel lungo termine e in grado di costituire la cultura. Esperienza è un altro modo di definire la tradizione. È da qui che il pensiero giuridico contemporaneo, atrofizzato nell'esaltazione postmoderna della propria fine, può ricreare la sua palingenesi<sup>30</sup> e tirarsi fuori da una "impasse" di lungo periodo. Peraltro, il pensiero giuridico italiano, nelle sue singole espressioni e nel suo complesso, è radicato in una tradizione già dall'inizio costruita intorno alle categorie cui si è fatto riferimento. Vita e storia costituiscono i pilastri portanti di un pensiero giuridico in buona parte estraneo alla tendenza nichilistica in cui rimane, invece, coinvolta una parte influente della scienza giuridica contemporanea.

È sufficiente scorrere i testi, i commenti, le riedizioni e le rivisitazioni di vedute risalenti. Si avverte come la scienza giuridica italiana sia caratterizzata dal nesso *tradizione/pensiero giuridico*, come se tradizione e pensiero fossero non termini disgiunti che poi debbano trovare una connessione, bensì termini che nascono insieme, non esistendo l'uno senza l'altro, illuminandosi a vicenda in un rapporto che li rende inseparabili.

---

<sup>30</sup> A. Falzea, *La prassi nella realtà del diritto*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 427 ss.; P. Grossi, "Oltre le mitologie giuridiche della modernità", in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 73 ss.; V. Scalisi, "Il nostro compito nella nuova Europa", in Id. (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Convegno internazionale di studio, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 3 ss.



La tradizione è anzitutto un punto di vista sulla storia della scienza giuridica, perché è un punto di vista su sé stessa, sulla propria capacità di possedere una visione unitaria del suo spazio e della sua storia. La tradizione, infatti, si costruisce intorno a un'idea, dai confini mobili ed elastici, destinati a dar forma all'idea stessa<sup>31</sup>.

Mentre l'oggetto privilegiato delle altre esperienze giuridiche resta la tecnica giuridica stessa, le sue forme e articolazioni interne, il contenuto del pensiero giuridico italiano non si fonda unicamente sulle proprie risorse tecniche, ma accoglie elementi esperienziali ulteriori ed esterni al linguaggio giuridico. Si potrebbe parlare di "ragione giuridica impura"<sup>32</sup>, vale a dire non ripiegata su se stessa, aperta ai condizionamenti degli uomini e alla forza delle cose.

---

<sup>31</sup> Come se lo spazio del pensiero giuridico fosse l'orizzonte che dà forma al tutto, lo spazio adeguato a un'invenzione – quella di "Europa del diritto" – che tutto sommato non esiste fuori di esso, e lì anche trova e fonda la teoria dei propri confini. L'Europa del diritto, avrebbe detto Koschaker, si manifesta come "coscienza" e intorno a questa idea egli pensò la sua classica opera *L'Europa e il diritto romano*; essa comprende un intero mondo giuridico e un insieme di punti di vista sul giuridico: P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, trad. A. Biscardi, introduzione di F. Calasso, Firenze, Sansoni, 1962. La prima edizione del libro è del 1947; altre edizioni apparvero nel 1958 e nel 1966. Su quest'importante autore cfr. G. Wesener, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz, Academ. Druck und Verlagsanst, 1978, pp. 112 ss.; T. Giaro, *Aktualisierung Europas: Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova, Name, 2000; M.P. Streck, G. Dolezalek, *Paul Koschaker*, in Rektor der Universität Leipzig (a cura di), *Jubiläen 2004. Personen-Ereignisse*, Leipzig, Universität Leipzig, 2004, pp. 31 ss.; G. Wesener, *Paul Koschaker (1879–1951), Begründer der altorientalischen Rechtsgeschichte und juristischen Keilschriftforschung*, in K. Acham (a cura di), *Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2011, pp. 273 ss.; T. Beggio, *Paul Koschaker (1879–1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2018; *Methodenfragen der Romanistik im Wandel. Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*, herausgegeben von T. Beggio und A. Grebieniow, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

<sup>32</sup> Cfr. L. Baccelli, "Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti", *Ragion pratica*, 31 (2008), pp. 337 ss.; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, cit. Ritengo discutibile quanto argomentato da G. Rebuffa, "Osservazioni conclusive", in M. Morisi, P. Paoli, M. Raiteri, G. Rebuffa, F. Zannotti, *I legislatori e il meccanismo parlamentare. Analisi delle interviste agli artefici della legislazione*, Padova, Cedam, 1995, pp. 183 ss., allorché afferma (cfr. p. 191) "la cultura giuridica italiana appare troppo legata a schemi arcaici e lontani dall'integrazione tra studi giuridici, studi economici e studi politologici; integrazione che costituisce la forza di altre culture giuridiche".



#### 4. Geografia giuridica

Sul piano sociale un'identità è innanzitutto il contrassegno di un'appartenenza a un corpo sociale definito, sia esso chiamato “nazione” o semplicemente “comunità”. Il problema è come sia possibile definire un'identità nostra e riferirla a un fattore di “identificazione” della collettività nazionale.

I criteri cambiano e possono cambiare non solo da un luogo a un altro, secondo i costumi di ognuno, ma anche all'interno di una comunità stessa, per esempio al mutare dei regimi politici. Così, quando l'identitario assume i tratti della costruzione di una comunità nazionale, individuarla significa fissarne i contorni, e ciò non può realizzarsi tramite un'operazione di esclusione<sup>33</sup>. Di conseguenza non ci si può accontentare di ricevere una tradizione come una sorta di lascito, perché la tradizione non può essere trasmessa senza essere, nello stesso tempo, alterata, rinnovata, trasformata.

Lasciando per un momento da parte il problema controverso della nazione, è evidente una connessione tra scienza giuridica e territorio, intendendo per quest'ultimo non tanto uno spazio geograficamente determinato, compreso all'interno di confini stabili, quanto un insieme di caratteristiche ambientali, linguistiche, culturali che connotano e caratterizzano un determinato contesto rispetto ad altri.

La dimensione geografica si lega alla scienza del diritto, fino a sovrapporsi ad essa in un composto lessicale che può assumere il nome di “geo-diritto”<sup>34</sup>. La geografia non si limita a fornire alla scienza giuridica elementi di localizzazione – non è soltanto la sua componente spaziale –, ma qualcosa di più incisivo e di meno scontato<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Il rischio è quello di uno smarrimento che intacca – trasformandolo – il rapporto tra il procedimento di connotazione di una provenienza nazionale e la pratica storiografica di definirne l'identità. Conviene scindere il significato logico di “identità” e quello invece adottato nell'uso empirico della nozione: essa ha a che fare con un carattere che si definisce “identitario”, ma che è relativo alla costituzione e al mantenimento di un'identità comune (cfr. M. Mauss, *La nation*, Extrait de l'Année sociologique, 1953-1954, pp. 7 ss.; anche in Id., *Oeuvres*, 3, *Cohésion sociale et division de la sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969, pp. 573 ss.) ove recuperando il pensiero di Aristotele (*Politica*, 1276a 10-13), collocava la definizione del principio dell'unità della *polis* non nel dato naturale dell'*ethnos*, ma nel principio della *politeia*, individuando in una collettività storicamente e geograficamente determinata, una modalità specifica di riconoscimento degli individui come appartenenti allo stesso insieme.

<sup>34</sup> N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006<sup>2</sup>.

<sup>35</sup> La spazialità del diritto è sempre meno delimitata dalla fisicità del territorio: V. Frosini, “Diritto positivo”, *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 653 ss.; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Per implicazioni politico-



I luoghi radicano ed escludono, insegnano e plasmano valori e tradizioni, accolgono modelli educativi. Per questo la cultura, legata ai luoghi, non può ignorare le visioni di fondo, né sottovalutare il dialogo costruttivo che può originarsi dalle tensioni che nascono tra civiltà e storie civili che convivono o si sono succedute nel tempo.

La storicità, d'altro canto, supera la localizzazione geografica. Il luogo non rinvia alla invariabilità di un quadro immobile nel tempo, alla ineludibile derivazione di una radice etnica o anche solo antropologica. Al contrario, implica una dialettica complessa di cui il luogo non è che uno dei due poli, cui corrisponde sempre un movimento, in senso inverso, di rottura dei confini territoriali e di spinta verso l'esterno.

La storicità del diritto svela l'intero pensiero giuridico moderno, in una complessa dinamica di appropriazione ed espropriazione di cui l'esperienza romana-medievale ha costituito l'oggetto privilegiato.

Sono noti i risvolti della letteratura sul passaggio dal crollo dell'impero romano d'occidente alla formazione dello "ius commune", che ha rappresentato per lungo tempo la zona di delimitazione di due assetti disciplinari diversi, la romanistica e la gius-medievalistica (diversi nei metodi e nella concezione del diritto<sup>36</sup>).

Si colgono, infatti, a partire dall'assetto alto-medievale, immagini e assunti interpretativi anche fortemente differenziati: assunti interpretativi legati alla straordinaria longevità di antiche tradizioni (per quanto rivisitate e aggiornate, ma ancora riconoscibili in alcuni loro tratti originari) oppure restii a distaccarsi dall'idea antica di un ordine

---

giuridiche del tema della spazialità del diritto con il problema della sovranità è utile la lettura del saggio di D. D'Andrea, "Prigionieri della modernità. Individuo e politica nell'epoca della globalizzazione", in D. D'Andrea, E. Pulcini (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, Pisa, ETS, 2002, pp. 41 ss.; Id., "Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo medioevo", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), pp. 77 ss.; sulle implicazioni storiografiche cfr. P. Costa, "Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca", *Filosofia politica*, 1 (1991), pp. 51 ss.; D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004; T. Duve, "Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale", in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 149 ss.

<sup>36</sup> Sulla contrapposizione tra romanisti e storici del diritto cfr. I. Birocchi, "Presentazione" di P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto – Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.; sul differente atteggiamento assunto, nell'un settore disciplinare e nell'altro, rispetto al neo-idealismo di Croce e Gentile, cfr. M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna*, cit., p. 26 e 86 s., ove bibliografia.



“romanistico”, ma pronti a ridefinirne originalmente le caratteristiche e i contenuti, pienamente accreditabili, ormai, come “ius commune”.

L’analisi del diritto comune coinvolge non soltanto l’individuazione e la discussione delle sue fonti dottrinali e delle sue conclusioni speculative ma, soprattutto, il suo disporsi come complessivo modo d’essere di una intera epoca storica, così che non è possibile limitarne la portata entro i circoscritti confini dei singoli Stati nazionali, ognuno teso, in maggiore o minore misura, a rinfacciarsi labilità di genealogie o infedeltà di teorie.

Per afferrarne le possibili implicazioni occorre situarsi in un contesto di storia della cultura giuridica, dove l’elemento della giuridicità viene ad assumere, accanto ad altri, una valenza significativa.

Proprio in ciò, tuttavia, risiede l’antinomia che dissolve dall’interno il tentativo di identificare un carattere peculiare della scienza giuridica italiana. Se Francesco Schupfer<sup>37</sup>, ad esempio, era stato il propugnatore per eccellenza dell’influsso dei diritti germanici in Italia (e aveva trovato in Nino Tamassia<sup>38</sup>, prima ancora che nella schiera

---

<sup>37</sup> F. Schupfer, *L’allodio - Studi sulla proprietà nei secoli barbarici*, Torino, Utet, 1885; Id., *Il diritto privato dei popoli germanici, con speciale riguardo all’Italia*, 5 voll., Città di Castello, Loescher, 1909-1915. Su Schupfer, cfr. E. Conte, “Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgarrechtliche Tradition in den italienischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts”, in I. Baumgärtner, P. Johanek (a cura di), *Die Rezeption des gelehrten Rechts im ‘Regnum teutonicum’. Kolloquium der Werner-Reimers-Stiftung im Februar 1998*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; L. Moscati, “Francesco Schupfer e la prima cattedra di Storia del diritto italiano”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 3 (2012), pp. 163 ss.; A. Fiori, “Gli insegnamenti storico-giuridici alla Sapienza negli ultimi decenni del XIX secolo”, *Historia et ius*, 4 (2013), *paper* 10, pp. 20 ss.; Id., “‘Il più atteso postliminio’. La Sapienza di Roma da Università pontificia a Università italiana”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retiche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 135 ss.; descrittivo del metodo il saggio di E. Capuzzo, “Per una rilettura di Francesco Schupfer storico del diritto”, *Clio*, 22 (1986), pp. 647 ss.

<sup>38</sup> N. Tamassia, *L’elemento germanico nella storia del diritto italiano*, Bologna, Zanichelli, 1897; Id., *L’elemento latino nella vita del diritto italiano*, Padova, Randi, 1907; Id., *Testamentum militis e diritto germanico*, Venezia, Carlo Ferrari, 1927 (Estratto da *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, Anno accademico 1926-927, tomo LXXXVI, parte 2<sup>a</sup>); Id., *Studi sulla storia giuridica dell’Italia meridionale*, prefazione di P.S. Leicht, Bari, Società di storia patria per le Puglie, 1957. Su Tamassia, cfr. M. Roberti, “Il metodo storico di Nino Tamassia”, *Rivista di Storia del Diritto italiano*, 5 (1932), pp. 5 ss.; B. Paradisi, “Gli studi di storia del diritto italiano nell’ultimo cinquantennio (1895-1945), Idee direttrici e svolgimenti essenziali”, *Studi senesi*, 60 (1946-47), pp. 710 ss. (ripubblicato con poche modifiche, anche nel titolo, in Id., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 105 ss.); A. Checchini, “Omaggio alla memoria di Nino Tamassia, nel centenario della nascita”, *Rivista di Storia del Diritto italiano*, 35 (1962), pp. 5 ss. Sulla polemica Schupfer/Tamassia, cfr. D. Di Cecca, G. Ferri, “La ‘polemica bizantina’ tra Giovanni Tamassia e Francesco Schupfer”, *Historia et ius*, 8 (2015), *paper* 25, pp. 1 ss.



nazionalista di Arrigo Solmi<sup>39</sup> e di Enrico Besta<sup>40</sup>, un convinto avversario), Francesco Brandileone<sup>41</sup> rimaneva sempre ispirato dalle proposte germanistiche. In Besta il transito dal pensiero giuridico italiano al più ampio contesto europeo non è mai integrale e senza riserve, per un'intrinseca difficoltà a tradurre i propri caratteri culturali in una solida autocoscienza civile.

Nonostante questo limite, il pensiero giuridico italiano si inserisce in un quadro complesso raffigurante, nel suo disegno, un destino nazionale. Quando Francesco Calasso<sup>42</sup>, con ben altra ricchezza analitica, ne fornirà la più compiuta e autorevole

---

<sup>39</sup> A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1930, p. VIII s. Già nella prima edizione del 1908, Solmi intendeva “dare dignità culturale e basi ideologiche al nascente nazionalismo italiano” sottraendo “all’elemento germanico il posto d’onore assegnatogli nelle trattazioni precedenti”. Su quest’aspetto metodologico cfr. A. Mattone, *Solmi, Arrigo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1889 ss.; M. Lucchesi, “Fedele seguace del PNF almeno dal novembre del 1920. A proposito dell’iscrizione di Arrigo Solmi al Partito fascista”, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime [1918-1925]*, Roma, RomaTre-Press, 2015, p. 245. Sull’opera di Solmi, cfr. E. Rota, “Arrigo Solmi nella sua opera di storico e di politico”, *Annali della Facoltà di Scienze Politiche*, 7 (1934), pp. 1 ss.; E. Besta, “Commemorazione di Arrigo Solmi”, *Rendiconti dell’Istituto Lombardo, Classe di Lettere, Scienze morali e storiche*, 77 (1943-44), pp. 74 ss.; C.G. Mor, “Commemorazione di Arrigo Solmi”, *Annali dell’Università di Modena*, (1943-1944), p. 267 ss.; G.P. Bognetti, “L’opera storico-giuridica di Arrigo Solmi”, *Rivista di Storia del diritto italiano*, 17-20 (1944-47), pp. 171 ss.; P.S. Leicht, “Commemorazione di Arrigo Solmi”, *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1 (1947), p. 276; I. Birocchi, “Solmi, Arrigo”, *Dizionario biografico italiano*, 93, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2018.

<sup>40</sup> E. Besta, *Scritti di storia giuridica meridionale*, a cura di G. Cassandro, Bari, Società di Storia Patria per la Puglia, 1962. Su Besta, cfr. G.G. Mor, “Besta Enrico”, *Dizionario biografico italiano*, 9, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 1967; ma cfr. il giudizio critico di P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 43.

<sup>41</sup> F. Brandileone, *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve*, Torino, Fratelli Bocca, 1884; su Brandileone cfr. I. Gallo, *Francesco Brandileone. Un giurista tra filologia e storia*, Salerno, P. Laveglia Editore, 1989.

<sup>42</sup> F. Calasso, “Diritto volgare, diritti romani, diritto comune”, in G. Moschetti (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e Storia del Diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 357 ss., poi in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, Giuffrè, pp. 207 ss.; Id., *Medio Evo del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1954. Calasso è stato tenace e convinto propugnatore della necessità di rifondare gli studi di storia del diritto dando rilievo al “diritto comune” quale fenomeno giuridico più significativo del Medioevo, in netta cesura sia con la tradizione dogmatica pandettistica che con quella nazionalistica germanistica e italianistica. Già da giovane si era confrontato con le nuove tendenze emerse nella storiografia giuridica italiana, mettendo mano a quello che avrebbe dovuto essere un manuale sulla storia delle fonti del diritto italiano. La sua considerazione retrospettiva della storia della storiografia giuridica era significativamente basata su una serie di dati istituzionali, sul ruolo della produzione scientifica dei giuristi, anzitutto. Certamente all’età medievale, nei suoi molteplici aspetti, egli guardava seguendo la comune opinione che nel Medioevo dovessero ricercarsi i germi del sentimento nazionale, orientamento al quale già nell’Ottocento avevano guardato quegli italiani colti che aspiravano a un diverso assetto politico della penisola. Cfr. A. Mazzacane, “Problemi e correnti di storia del diritto”, *Studi storici*, 3 (1976), pp. 5 ss.; B. Paradisi, “Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso”, in D. Segoloni (a cura



ricostruzione, conseguirà un duplice risultato: emancipare da un lato la teoria di Besta dai suoi elementi più estrinseci e schematici, renderla dall'altro ancora più vincolante e pervasiva.

Il fulcro categoriale di tale riformulazione è costituito appunto dall'idea di nazione, trasferita dal piano materiale, e per certi versi ancora naturalistico, su cui la tratteneva Besta, a una dimensione prettamente spiritualistica<sup>43</sup>.

La nazione non è individuabile sulla base di determinati requisiti naturali ma, al contrario, sulla base di elementi spirituali, che la connotano e nel contempo la legano ad altre culture nazionali in uno scambio ininterrotto di concetti e valori. In questo senso Calasso poteva affermare che la scienza giuridica è tale in quanto universale e, dunque, non nazionale. E, tuttavia, ciò non toglie che essa nasca sempre all'interno di un particolare movimento della coscienza che trova nei caratteri nazionali la propria espressione più tipica. La nazione è per lui un sentimento:

supera gli elementi naturalistici (territorio, confini geografici, razza, consanguineità, ecc.), astrae da elementi politici o giuridici (costituzione, sovranità, organizzazione sociale, ecc., che confluiscono invece nel concetto di Stato), e neppure è determinata da elementi culturali (comunanza di lingua, di religione, di costumi, ecc.), anche se tutti questi elementi, in misura diversa secondo le varie configurazioni storiche, collaborano nel farci sentire l'idea di nazione: la quale è insomma, un concetto etico.<sup>44</sup>

Se la nazione non è ancorata a un elemento definito nella sua radice etnica, ma tesa in uno slancio progettuale continuo, può prefigurarsi anche prima della sua attuazione storica.

---

di), *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea, Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini, Perugia (30-31 ottobre 1976)*, Perugia, Libreria universitaria, 1980, pp. 169 ss.; E. Cortese, "Storia del diritto italiano", in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., pp. 785 ss.; C. Petit, "Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia. Il contributo italiano alla storia del pensiero", Treccani, 2012 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/culto-e-cultura-della-storiografiagiuridica-in-italia\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/culto-e-cultura-della-storiografiagiuridica-in-italia_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/)); U. Petronio, "Francesco Calasso. Il contributo italiano alla storia del pensiero", Treccani, 2012 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-calasso\\_%28Il-Contributoitaliano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-calasso_%28Il-Contributoitaliano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/)); A. Cernigliaro, "Francesco Calasso. Il contributo italiano alla storia del pensiero", Treccani, 2013 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-calasso\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Storia-e-Politica%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-calasso_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Storia-e-Politica%29/)).

<sup>43</sup> F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, cit., pp. 16 ss.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 16.



La situazione particolare della nostra giusmedievistica si manifesta anche in un insieme di preferenze metodologiche. Fin dall'inizio la storiografia giuridica italiana ha privilegiato un metodo storico-comparativo. Questa predilezione si osserva anzitutto se raffrontiamo la storiografia giuridica germanica con la produzione italiana che, in generale, si mostra sempre più pronta a impegnarsi in qualsiasi novità epistemologica. Sotto questo profilo si potrebbe parlare addirittura di una riluttanza della scienza giuridica italiana ad adottare incondizionatamente criteri epistemologici che, per certi periodi, sembrano assolutamente dominare la germanistica<sup>45</sup>.

Ben inteso, questo fenomeno si presta a descrizioni e valutazioni contraddittorie. Da un lato, come detto, si potrebbe parlare di riluttanza. Dall'altro, invece, sarebbe possibile individuare una certa immobilità, una sorta di letargo, di mancanza di attualità e così via. Più problematica, poi, appare la coesistenza fra una prospettiva dichiaratamente storico-filologica e una, invece, più spinta in senso ermeneutico-teorico. La difficoltà di questa coesistenza ha generato il dibattito forse più interessante della nostra recente storiografia<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Per uno sguardo sufficientemente ampio dei problemi generali sottostanti alle visuali della storiografia ottocentesca, cfr. R. Elze, P. Schiera (a cura di), *Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: il Medioevo*, Bologna-Berlin, Il Mulino, 1988; E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 21 ss.; R. Volante, "Negare il medioevo: Romanesimo e germanesimo tra Otto e Novecento", in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, cit., pp. 385 ss.

<sup>46</sup> Le indagini che si sono rivolte al problema del diritto medievale, nella prima metà del Novecento, manifestavano un carattere eminentemente ricostruttivo degli aspetti storico-politici dell'età intermedia, apparendo, però, meno propense a una definizione teorica e sistematica dei principi giuridici indagati. La metodologia di quelle indagini non mancava di un aspetto o di un momento esplicativo, ma appariva come segnata da una fondamentale motivazione ideologica, in quanto volta a legittimare e sostenere una forma di organizzazione sociale e politica a preferenza di altre; e ciò, sia che quella forma ritrovasse nell'esperienza storica i suoi presupposti obiettivi, o almeno gli elementi, che consentivano di enucleare le possibilità della sua attuazione, sia che essa assumesse un atteggiamento polemico e una valutazione critica delle istituzioni sociali e politiche vigenti. Ciò ha reso particolarmente difficile il cammino da percorrere in vista del fine che gli storici si proponevano e che era rappresentato dalla fondazione dell'autonomia teorica della storia del diritto, perché ha esposto la disciplina al pericolo di perdersi nell'"impasse" di una semplice accumulazione di dati o di una annotazione di problemi. Sugli orientamenti culturali e metodologici della storiografia del diritto medievale nel Novecento, si vedano i contributi raccolti in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive, Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992*, Milano, Giuffrè, 1993; L. Garofalo (a cura di), *Scopi e metodi nella storia del diritto e funzione del giurista europeo*, Atti dell'incontro di studio Padova 25-26 novembre 2005, Napoli, Jovene, 2007; B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto, Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (Firenze, 18-19 Ottobre 2012)*, Milano, Giuffrè, 2013; nonché E. Cortese,



## 5. Una scienza giuridica non nazionale

Come ora accennato a proposito della dialettica tra legame con il territorio e distanza dal territorio, il carattere della cultura giuridica italiana può essere individuato in una dimensione che non si identifica con la nazione ma che è caratterizzata, per una lunga fase, dalla sua assenza<sup>47</sup>.

La nostra scienza giuridica si muoveva in un contesto di pluralità di centri di potere e di divisione politica non conciliabile con la tendenza all'unificazione nazionale, che sarebbe stata catalizzatrice di una serie di esperienze raccolte in un luogo comune di produzione e diffusione del sapere<sup>48</sup>.

---

“Storia del diritto italiano”, in AA.VV., *Cinquanta anni d'esperienza giuridica in Italia*, cit., pp. 787 ss., spec. 800 ss.; E. Conte, “Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo”, *Rivista Internazionale di diritto comune*, 17 (2006), pp. 299 ss. Le proposte di Calasso avevano trovato già nel 1946 entusiastica adesione da parte di B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio (1895-1945)*, cit. Si veda però G. Cassandro, “Metodologia storica e storia giuridica”, *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, 9 (1948), pp. 142 ss.; **115 ss.** Sulle tendenze affiorate nella produzione scientifica della storiografia del diritto italiano e sul rapporto con il proprio passato cfr. A. Cavanna, *La storia del diritto moderno, secoli 16.-18., nella più recente storiografia italiana*, Milano, Giuffrè, 1983; R. Ajello, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli, Jovene, 2002, il quale indaga criticamente il problema dei nessi interdisciplinari tra questa pratica storiografica e quelle con essa più direttamente confinanti; cfr. pure M. Nardoza, *Codificazione civile e cultura giuridica in Italia. Linee di una storia della storiografia*, Padova, Cedam, 2013, pp. 4 ss.; G. Pace Gravina, “Una cattedra nuova di materia nuova”: storici del diritto in Italia dall'Unità alla grande guerra”, in I. Birocchi, M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, cit., pp. 44 ss.; D. Quagliani, “Storia del diritto e identità disciplinari: dalla caduta del fascismo ai primi anni settanta”, in I. Birocchi, M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, cit., pp. 136 ss.; P. Costa, *Storia del diritto e identità disciplinari: dai primi anni settanta a oggi*, in I. Birocchi, M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, cit., pp. 149 ss.

<sup>47</sup> Cfr. P. Grossi, “Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996), pp. 267 ss.

<sup>48</sup> G. Galasso, *Potere e istituzioni in Italia dalla caduta dell'Impero romano ad oggi*, Torino, Einaudi, 1974; Id., *Italia nazione difficile. Contributo alla storia politica e culturale dell'Italia unita*, Firenze, Le Monnier, 1994; Id., *L'Italia s'è desta. Tradizione storica e identità nazionale dal Risorgimento alla Repubblica*, Firenze, Le Monnier, 2002; P. Pezzino, *Senza Stato. Le radici storiche della crisi italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2002. Le prospettive qui richiamate necessitano anche il riferimento al quadro storico-filosofico italiano; importanti i rilievi di R. Esposito, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, Einaudi, 2010, il quale dimostra come la filosofia italiana a partire dall'Umanesimo si configura come una filosofia cosmopolita, senza una connotazione nazionale e identitaria, discutendo anche i conseguenti rilievi sul piano politico e letterario; ma cfr. pure, M. Cacciari, *Geofilosofia dell'Europa*,



Il passaggio dai comuni medioevali alle città del primo Umanesimo e, poi, del pieno Rinascimento non produce nulla di assimilabile a un territorio unito da un'unica volontà politica<sup>49</sup>. Nell'osservare ciò non si vuole disconoscere l'esistenza di una predisposizione verso l'unità insita nella cultura giuridica prodottasi in Italia fin dai suoi esordi. La storiografia idealistica è riuscita a richiamare, in una moltitudine di voci e riferimenti alla comune matrice italiana, una parte considerevole della nostra tradizione<sup>50</sup>. Tuttavia, si tratta di richiami sostanzialmente soltanto retorici<sup>51</sup>.

Se la ricca riflessione dei commentatori – ancora con Alberico Gentili<sup>52</sup> – si muove del tutto al di fuori dell'orizzonte culturale nazionale, gravitando piuttosto verso

---

Milano, Adelphi, 2003<sup>4</sup>; G. Marramao, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

<sup>49</sup> G. Dilcher, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1996; M. Ascheri, *Le Città-Stato. Radici del municipalismo e del repubblicanesimo italiani*, Bologna, Il Mulino, 2006; P. Lantschner, *The Logic of Political Conflict in Medieval Cities. Italy and the Southern Low Countries, 1370-1440*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Circa il nesso autonomia e comune medievale nella semantica dei discorsi giuridici e storiografici, cfr. P. Costa, “‘Così lontano, così vicino’. Il Comune medievale e la sua ‘autonomia’”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43 (2014), tomo II, pp. 689 ss.

<sup>50</sup> G. Volpe, *Programmi e orientamenti per una Storia d'Italia in collaborazione e per una collana di volumi storici*, Bologna, Zanichelli, 1922; A. Solmi, “L'unità fondamentale della storia italiana” (1927), in Id., *Discorsi sulla storia d'Italia*, Firenze, La Nuova Italia, 1933; A. Checchini, “L'unità fondamentale della storia del diritto italiano”, *Rivista di Storia del Diritto italiano*, 22-23 (1949-1950), pp. 70 ss.; F. Calasso, “Elogio della polemica”, *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 1 (1950), pp. 393 ss.; E. Sestan, *Stato e nazione nell'alto medioevo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1952.

<sup>51</sup> Già C. Antoni (*Lo storicismo*, Torino, E.R.I., 1957, p. 153) aveva rilevato come gli storici italiani non avendo nulla da invocare nell'immediato presente, si proposero di trovare l'Unità della storia d'Italia nelle sue lontane origini. Tuttavia non caddero, come la scuola storica tedesca, nel mito romantico dell'“anima nazionale”. L'idea italiana della nazionalità non è quella di una chiusa individualità, ma è l'umanità nel suo concretarsi storico: “Essa consentiva di conciliare il concetto storicistico della nazione con il pensiero giusnaturalistico. Infatti l'idea della nazione italiana era immediatamente politica, e il patriota era essenzialmente un cittadino”.

<sup>52</sup> G. Minnucci, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario ad legem juliam de adulteriis*, Bologna, Monduzzi, 2002; Id., *Alberico Gentili iuris interpres della prima Età Moderna*, Bologna, Monduzzi, 2011; Id., “Gentili, Alberico”, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, cit., pp. 967 ss.; Id., “Jean Hotman, Alberico Gentili e i circoli umanistici inglesi alla fine del XVI secolo”, in F. Liotta (a cura di), *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, Milano, Monduzzi, 2014, 3, pp. 203 ss.; G. Minnucci, D. Quaglioni, “Per l'edizione critica del *De papatu Romano Antichristo* di Alberico Gentili (1580/1585-1591)”, in AA.VV., *Atti del Convegno, XIV Giornata Gentiliana, San Ginesio, 24-25 settembre 2010*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 331 ss.; G. Minnucci, “Un discorso inedito di Alberico Gentili in difesa della iurisprudenzia”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015), pp. 211 ss.; Id., *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili fra diritto teologia e religione*, Milano, Monduzzi, 2016.



Londra<sup>53</sup>, l'intero Umanesimo giuridico ha una proiezione esterna che ne fa un movimento internazionale nel senso più intenso del termine. Fondato sulla riscoperta filologica dei testi giuridici romani, esso si è sempre rivolto ai grandi centri culturali europei in uno scambio fittissimo di lettere, traduzioni, viaggi che attraversavano i confini italiani<sup>54</sup>.

La diffusione delle dottrine giuridiche italiane nel contesto internazionale affonda le radici in una storia di per sé troppo stratificata perché risulti possibile rintracciarne i contorni con poche linee o esaurire tutti quei fattori contestuali – dalla storia politica alla memoria dei giuristi espatriati – con i quali la storia intellettuale intrattiene un curioso rapporto, delicato, incerto, lontano dal causalismo vigente in altri capitoli del grande racconto storico. L'approdo dei giuristi italiani in terra francese (pensiamo a Decio<sup>55</sup>, ad

---

<sup>53</sup> G. Astuti, *Mos italicus e mos gallicus nei Dialoghi "De iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, Bologna, Zanichelli, 1937; G. Van Der Molen, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, Leiden, Sijthoff, 1968; D. Panizza, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra Elisabettiana*, Padova, La Garangola, 1981; L. Nuzzo, "Alberico Gentili 'internazionalista' tra storia e storiografia", in L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608)*, Macerata 6-7 dicembre 2007, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 75 ss.; C. Zendri, "Alberico Gentili e il De iure belli. Metodo e fonti", *Laboratoire Italien*, 10 (2010), pp. 45-63; F. Iurlaro, "Pirati, barbari e pastori. Tre figure al limite dell'humanitas nel pensiero di Alberico Gentili (1552-1608)", *Historia et ius*, 10 (2016), paper 8, pp. 1 ss. e *Ibid.* ulteriore bibliografia.

<sup>54</sup> D.R. Kelley, "Clio and the Lawyers – Forms of Historical Consciousness in Medieval Jurisprudence", *Mediaevalia et Humanistica: studies in medieval and Renaissance society*, 5 (1974), pp. 25 ss. e Id., "The Rise of Legal History in the Renaissance", *History and Theory: studies in the philosophy of history*, 9 (1970), pp. 174 ss., entrambi ora in Id., *History, Law and the Human Sciences: Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum reprints, 1984, cap. II e V.

<sup>55</sup> Molti professori italiani, ai primi del Cinquecento, insegnano a Valence, tra i quali oltre a Filippo Decio, troviamo Fabio Angubio, Matteo Gribaldi Mofa, Gerolamo Grato e Lancillotto Galliauta (M. Fournier, "Notes et documents sur les professeurs de droit en France, IV, Le recrutement professoral et les conduites des professeurs de droit à l'Université de Valence au XVI<sup>e</sup> siècle", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 19 (1895), p. 19 e 35 ss.). In particolare Filippo Decio appartiene all'ambiente pavese, ove saranno editi, nel 1506 il primo volume dei suoi *Consilia* cui si aggiunse nel 1520 una *Secunda pars consiliorum*. L'opera si accrebbe nelle edizioni successive in cinque volumi e al suo testo, a partire dall'edizione lionese del 1556, si affiancarono le *additiones* di Charles Du Moulin, uno dei principali giuristi riformati francesi, perseguitato dalla censura e annoverato in tutti gli *Indici* dei libri proibiti (sull'edizione dei *Consilia* di Decio revisionata da Nicola Gravazio e stampata nel 1569/70, cfr. A. Era, "Carlo Du Moulin e Nicola Antonio Gravazio", *Rivista di Storia del Diritto italiano*, 7 (1934), p. 292 ss.; per un'approfondita disamina sul punto cfr. R. Savelli, "Da Venezia a Napoli: diffusione e censura delle opere di Du Moulin nel Cinquecento italiano", in C. Stango (a cura di), *Censura ecclesiastica e cultura politica in Italia tra Cinquecento e Seicento. Atti del convegno (5 marzo 1999)*, Firenze, Olschki, 2001, p. 101 ss.; Id., *Censori e giuristi. Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 93 ss.). Su Decio polemistà e indotto a spostarsi in vari ambienti universitari, prima a Pisa e poi a Roma, approdando all'insegnamento canonistico, per poi trasferirsi in Francia anche a causa delle agitazioni politiche, cfr. A. Mazzacane, "Decio, Filippo", *Dizionario biografico italiano*, 33, Roma, Istituto della



Alciato<sup>56</sup> e a Sannazzari della Ripa<sup>57</sup>, a Gribaldi Mofa<sup>58</sup> o a figure meno imponenti come Federici<sup>59</sup>) è stato ad esempio decisivo per più di un motivo: anzitutto per gli itinerari dei nostri giuristi, i quali proprio allora realizzarono un buon numero delle loro opere principali, poi per il percorso di alcuni giuristi francesi che poterono assorbire sul posto la tradizione italiana; infine, come cerniera, dato che è anche il periodo di un trapasso storico dell'egemonia culturale dall'Italia alla Francia. Questo passaggio di egemonia non

---

Enciclopedia Italiana Treccani, 1987, pp. 554 ss.; G. Di Renzo Villata, “Pro tenui facultate mea et temporis angustia...”. Noterelle intorno a Filippo Decio grande consulente ‘parsimonioso’”, in U. Baldini, G.P. Brizzi (a cura di), *Amicitiae pignus. Studi storici per Piero Del Negro*, Milano, Unicopli, 2013, pp. 11 ss. Tra le sue opere fondamentali, concepito nel soggiorno a Valence, ultimato a Pavia e Pisa, il commento al *De regulis iuris*, più volte edito nel corso del Cinquecento, a partire dall'edizione lionese del 1521. Pur legata all'insegnamento tradizionale *more italico*, quest'opera rivestì notevole importanza nell'ambito della letteratura umanistica.

<sup>56</sup> Alciato, come è noto, ha insegnato ad Avignone (tenendo il fortunato corso *De verborum obligationibus* pubblicato a Lione nel 1519) e a Bourges, dove alcuni importanti giuristi sono stati suoi studenti e poi docenti, come ad esempio François Connan. Oggi conosciamo abbastanza bene l'insieme degli interessi maturati da Alciato nel corso degli studi universitari e in quelli immediatamente successivi, le sue frequentazioni e le principali suggestioni intellettuali e scientifiche che ne segnarono la maturazione. La sua attenzione all'antichità classica, già viva negli anni della prima formazione con una forte presenza degli studi di diritto romano, i successivi approfondimenti e infine, le aperture verso la filologia, ci aiutano a valutare meglio il contenuto e le linee di forza della sua opera. In questa prospettiva non sono meno illuminanti i rapporti di Alciato con alcune personalità di grande rilievo nel panorama culturale europeo del Cinquecento: in particolare con Bonifacio Amerbach, dominatore degli studi umanistici del diritto romano, fondati sull'etica dell'antichità, con Francesco Calvo, il grande libraio ed editore della prima metà del sec. XVI, aperto alle nuove correnti di pensiero, agli studi umanistici e a importanti iniziative editoriali in tale campo, e con Pietro Bembo, uno dei fondatori del petrarchismo e dei moderni studi letterari. Su Alciato cfr. G. Rossi, “La lezione metodologica di Andrea Alciato: filologia, storia e diritto nei ‘Parerga’”, in A. Rolet, S. Rolet (a cura di), *André Alciat (1492-1550): un humaniste au confluent des savoirs dans l'Europe de la Renaissance*, Turnhout, Brepols, 2013, pp. 145 ss.

<sup>57</sup> Della Ripa proviene dall'ambiente pavese e fu chiamato ad Avignone lo stesso anno di Alciato, ma fu preferito dagli studenti per la sua fedeltà al *mos italicus* che lo fece maggiormente apprezzare, tanto da ingenerare le invidie dell'Alciato (cfr. M. Ascheri, *Un maestro del “Mos Italicus”*: Gianfrancesco Sannazzari della Ripa (1480 c. - 1535), Milano, Giuffrè, 1970).

<sup>58</sup> Professore a Tolosa, dove stringe intensi rapporti intellettuali con Boyssoné (eretico e nel 1532, dopo aver abiurato, condannato dall'Inquisizione alla confisca dei beni), Gribaldi assume atteggiamenti eterodossi nei confronti della Chiesa e della dottrina cattolica, passando a insegnare a Cahors e dal 1540 a Valence, dove scrisse la prefazione alla sua grande opera *De methodo ac ratione studendi libri tres*, dedicata agli studenti tolosani e pubblicata a Lione nel 1541; utili considerazioni in D. Quagliioni, “Tra bartolisti e antibartolisti: l'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa (1541)”, in F. Liotta (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, cit., pp. 185 ss.

<sup>59</sup> Federici è stato studente a Parigi e giurista di fama, conosciuto per un *Tractatus de interpretatione legum* pubblicato nel 1496 dall'editore bresciano Ferfengo e poi riedito a Francoforte (1535) e a Lione (1536), in seguito riprodotto nei *Tractatus universi iuris* (III/2, fo. 208va-225va) e più volte ristampato. Su questo giurista cfr. V. Piano Mortari, “Interpretazione. Diritto intermedio”, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 291 s.; G. Di Renzo Villata, “Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna”, in AA.VV., *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Atti del convegno di Varenna 1979, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 331 ss. Ulteriori riferimenti in M. Semeraro, “Federici, Stefano”, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 832 s.



è tanto ascrivibile a una deliberata strategia di insieme, nonostante l'atteggiamento antibartolistico dei giuristi francesi, ma è piuttosto la conseguenza di una promiscuità storica senza precedenti. E in causa non è più soltanto la scienza giuridica. In tutti i contesti, gli inevitabili contatti, più o meno fortunati, tra gli innovatori locali e i nostri giuristi, contribuirono a tracciare – attraverso una miscela di influenza sotterranea e di assorbimento critico – l'orientamento di numerose tendenze della cultura giuridica quattro-cinquecentesca.

L'unica certezza è data dal fatto che i nostri giuristi all'estero hanno subito una sorta di spossessamento di cui le loro opere conserveranno le tracce. Quell'esperienza significava, infatti, per un giurista rendersi disponibile, più di quanto non lo fosse mai stato, all'innovazione e alle pratiche sperimentali contro lo *status quo* imposto. Nei giuristi italiani si ritroveranno gli echi di questa nuova apertura.

I maggiori giuristi dell'età moderna, da Alberico Gentili ad Andrea Alciato, da Iacopo Menocchio a Francesco Mantica e Gribaldi Mofa, si muovono in un rapporto difficile e controverso con il potere, politico ed ecclesiale. La sorveglianza continua da parte delle istituzioni ecclesiastiche, ormai consolidate nel tessuto sociale e civile anche in forza di una fitta serie di relazioni in grado di condizionare gli orientamenti delle istituzioni politiche e culturali, esponeva chiunque avesse avanzato proposte eterodosse alla censura e, nei casi ritenuti più gravi, a pene terrificanti, risultandone conseguentemente compressi non soltanto le modalità di manifestazione della produzione intellettuale, ma anche gli spazi di libertà, al punto da indurre, talvolta, all'emigrazione e all'esilio<sup>60</sup>.

Si può ben dire che tale situazione, al di là del profilo biografico dei singoli personaggi, trovi fondamento nella mancanza di uno stabile referente nazionale capace di collegare in un proposito complessivo tendenze, prefigurazioni e teorie di sapiente sforzo

---

<sup>60</sup> Sulla delicata questione della repressione dell'eresia religiosa, cfr. M. Fiorentini, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Roma, Aracne, 2016, pp. 131 ss.; ancora nel pieno dell'età moderna, si produrrà una diatriba di grande rilievo, tra Christian Thomasius, strenuo paladino della tolleranza religiosa, e Leibniz, apparentemente più moderato. Sul punto, cfr. M. Priarolo, "An haeresis sit crimen. Leibniz contro Thomasius?", in M. Priarolo, E. Scribano (a cura di), *Le ragioni degli altri. Dissidenza religiosa e filosofia nell'età moderna*, Venezia, Ca' Foscari, 2017, pp. 117 ss.



costruttivo. Il perenne squilibrio tra sapere giuridico e potere<sup>61</sup>, tra produzione di cultura giuridica e solidità istituzionale, nel rappresentare un ostacolo significativo alla stabilità complessiva dell'Italia, ha al tempo stesso agevolato la formazione di un pensiero più libero da legami e influenze che, a fasi alterne, appare riemergere con la forza di una risorsa non ancora esaurita.

Non situandosi entro i confini nazionali, ponendosi anzi ai suoi margini esterni, fin dall'inizio il pensiero giuridico italiano ha percorso una strada differente da quella delle altre culture giuridiche europee, già segnate dal rapporto con un'istituzione politica forte e consolidata, come nel caso dell'Inghilterra e della Francia; l'Italia, infatti, pensa il diritto nella sua dimensione pre-statale. Si spiega così perché anche la scienza giuridica italiana contemporanea abbia espresso un potenziale critico, a tratti antagonista, nei confronti dello Stato, difficilmente riscontrabile in altri contesti<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> P. Costa, “‘Così lontano, così vicino’. Il Comune medievale e la sua ‘autonomia’”, cit., pp. 689 ss., spec. p. 780 per i riferimenti alla dinamica del “potere” e del “disciplinamento”, con richiamo a G. Alessi, “Discipline. I nuovi orizzonti del disciplinamento sociale”, *Storica*, 4 (1996), pp. 7 ss. e a P. Schiera, “Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno”, in G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 17 ss.

<sup>62</sup> È sufficiente pensare alla critica persuasiva e innovativa di Santi Romano sul pluralismo degli ordinamenti (su cui cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., spec. pp. 30 ss.; Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. pp. 144 ss., 178 ss., 206 ss.; Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 219 ss.). Chiave in grado di superare il monopolio dello Stato e della legge in senso ampio. Ma l'indagine storiografica non può prescindere dalla valutazione delle conseguenti implicazioni del lessico del cattolicesimo, come nel pensiero dei giuristi all'opera nell'elaborare le loro dottrine in tema di sovranità del pontefice: ogni questione politica veniva sviscerata in termini dichiaratamente teologo-politici o ecclesio-politici. Sul problema cfr. M. Scattola (a cura di), *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Milano, Franco Angeli, 2003; A.S. Brett, *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; A. Dempf, *Sacrum imperium. La filosofia della storia e dello stato nel Medioevo e nella Rinascenza politica*, pref. F. Cardini, Firenze, Le Lettere, 1988; C.H. Dawson, *Church and State in the Middle Ages*, in *Medieval Essays*, pref. J.F. Boyle, Washington, DC, 2002; A. Di Bello, “‘Auctoritas’ e ‘Potestas’ come termini chiave nell'edificazione della monarchia pontificia medievale. Un tentativo di analisi semantica”, *Filosofia politica*, 15 (2001), pp. 207 ss. Per i problemi che invece lo Stato solleva, dal punto di vista storiografico, cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 1988; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997; P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; P. Schiera, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb, 2004; nonché, per lo meno, i differenti punti di vista espressi da P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, cit.; F. Di Donato, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, prefazione di M. Troper, Bologna, Il Mulino, 2010, spec. pp. 27 ss. e 463 ss.; F. Mazzeola, “Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012), pp. 329 ss. Significativo quanto affermato da P. Häberle, “Colloquio sulla ‘costituzione europea’”, a cura di P. Ridola, *Diritto*



## 6. Un particolare rapporto dei giuristi con le proprie radici

Ancora agli inizi del Cinquecento, gli studi giuridici italiani erano parte essenziale del sapere europeo. Esso consisteva nell'idea che un'approfondita ricerca storica degli istituti giuridici disciplinati nel *Corpus iuris* fosse indispensabile per la costruzione delle fondamenta dell'ordinamento. Le normative statutarie e municipali non erano certamente sufficienti (si professava a livello dottrinale) e le soluzioni legislative rischiavano di apparire sempre più inappropriate in assenza di limiti alla potestà normativa, occorrendo il sostegno di una scienza giuridica consapevole di essere l'esclusiva interprete delle intime esigenze dell'ordinamento, nonché garante di un'applicazione equilibrata delle regole giuridiche.

Una tale cultura giuridica presupponeva un inscindibile legame con la tradizione e il suo passato, poiché il diritto vive di storia e nella storia. Il *Corpus iuris civilis*, da questo punto di vista, rappresentava un'autentica risorsa proveniente da un sapere giuridico antico, rinnovato da interpreti attenti e coerenti. Quel pensiero giuridico voleva attraversare tutta l'infinita ricchezza della vita, rimanendo sé stesso; un pensiero giuridico che voleva essere insieme dogma e storia, coscienza dell'unità e movimento della problematicità del rapporto fatto/diritto. Tutto il patrimonio della giurisprudenza romana si sarebbe ritrovato in questo passaggio.

Questa dinamicità del pensiero giuridico umanistico e rinascimentale, che attiene alla sua originaria identità, e che ne incardina l'auto-rappresentazione in un divenire, si manifestava dunque attraverso la centralità, insieme, del "pensiero giuridico" e della "coscienza storica". La coscienza antica della tradizione romana – come realtà a sé stante, che ha una sua unità – nasceva nella consapevolezza della giurisprudenza umanistica e

---

*romano attuale*, 2 (1999), p. 199: "L'assetto costituzionale dell'Europa, e correlativamente il processo di strutturazione di essa, non si possono comprendere con le categorie della Allgemeine Staatslehre"; cfr. anche A.A. Cervati, "Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica", *Diritto romano attuale*, 6 (2001), pp. 21 ss. Importante il lavoro di S. Meder, *Ius non scriptum. Traditionen privater Rechtsetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, trad. it. *Ius non scriptum. Tradizione della produzione privata del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.



rinascimentale, che creò una ‘scienza’ nuova, una realtà che avesse una giustificazione storica e non solo giuridica.

Quella scienza sapeva di avere qualcosa da affermare, tuttavia si raccoglieva intorno al nucleo romano con maggiore o minore consapevolezza, perché li trovava le categorie per comprendere la propria ragione di esistere. Conferma essenziale di questo passaggio è l’ingresso del “mito” della romanità come costitutivo della scienza giuridica moderna. La scienza giuridica fra il XV e il XVI secolo sarebbe incomprensibile senza quel mito. Attraverso quel nucleo, compare nella storia giuridica la salda universalità del pensiero giuridico romano, insieme alla continua ricchezza della sua determinazione. E compare fin dal principio un problema delicato nella sua essenza, che è il problema del connettere insieme “fatto” e “diritto”.

Il problema degli atteggiamenti della giurisprudenza di fronte alle situazioni sociali si poneva, allora, in maniera inderogabile in un momento particolarmente drammatico per le vicende italiane, quasi a ridosso della controriforma. La decadenza non consisteva soltanto nel sostanziale disinteresse per la cultura giuridica e neppure per il dispregio verso di essa osservato dai ceti dirigenti delle varie comunità, ma riguardava la cultura in generale – le scuole e i prodotti intellettuali – in altri termini, tutti gli ambienti da cui si sarebbe dovuta diffondersi la cultura.

Il suo dramma era proprio di tutti quegli atteggiamenti che teorizzano un mondo chiuso celebrandone la chiusura: consisteva nell’assumere l’uniformità quotidiana come il valore; e nel considerare le resistenze a quest’uniformità, l’insorgere di bisogni vitali di fronte ad essa, come il vizio determinato dalla materialità, da una reazione incontrollata.

La cultura, anche quella giuridica, è sempre e solo umanesimo; è pensiero critico, apertura verso un mondo che si vuole costruire.

Ora, è proprio in quella decadenza che neppure si imposta il problema di un rapporto tra cultura giuridica e società. Non che la scienza giuridica non abbia un vincolo morale nei confronti della società – anzi è di solito proprio la più coinvolta a questo riguardo. Ma essa il problema l’ha già risolto prima di impostarlo: essa subisce la società, e non solo non si propone alcuna azione sociale, ma si propone di impedire ogni efficace azione sociale. Il suo tecnicismo caso per caso ha questo risultato: di lasciare la società



com'è, e, se mai, di celebrarla ancorandone i pregiudizi nella rivelazione di principi immutabili.

È soltanto al giurista, operante in seno alla società e al suo *ethos* con atteggiamento critico, nonché professando il diritto a farsi sempre più umano, che tale problema si impone in maniera diretta. E il problema si pone soprattutto per questo: che il giurista di fronte alle forme più concrete e dirette di azione sociale (aspirazioni politiche, religiose ecc.), si sente irresoluto e ha paura di compromettere in esse l'autonomia del suo determinato mestiere – e con l'autonomia anche le prerogative sue proprie e i suoi specifici compiti etici.

Il pensiero giuridico italiano, almeno nelle sue espressioni più alte, è in rapporto diretto con gli artefici, i testi, le tendenze del discorso giuridico della modernità<sup>63</sup>, ma in modo disomogeneo e trasversale, tanto da non lasciarsene assimilare. È questa diversità a rendere il pensiero giuridico italiano in qualche modo apparentemente inadeguato a comprendere le dinamiche avviate, in tutta Europa, alla fine del Medioevo. Ma anche, contemporaneamente, capace di conservare intatto, o almeno ancora vitale, il proprio potenziale nel momento in cui quelle dinamiche non sembrano più in grado di fare fronte alle domande e ai conflitti da cui pure emergevano.

Se si dovesse indicare la ragione di tale disomogeneità, la si dovrebbe cercare in un diverso rapporto con le proprie radici. Mentre la cultura giuridica moderna, nelle sue varie espressioni, si identifica in un gesto di rottura nei confronti di ciò che la precede, il pensiero giuridico italiano non solo non ha mai reciso il legame con la tradizione, ma cerca in essa il profilo e il senso della propria identità. È sufficiente pensare

---

<sup>63</sup> Approfondisce il dialogo, ora solidale ora polemico, che la modernità intrattiene con la cultura classica, M. Bretonne, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, cit., partendo dalla critica umanistica della Compilazione giustiniana e da Bacone, Hobbes e Leibniz, fino a toccare le riflessioni di Bentham, Savigny, Schmitt e Kelsen; sull'acceso dibattito filosofico-giuridico scaturito dal nesso modernità/occidente, cfr. G. Preterossi, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; sulla nozione di paradigma giuridico moderno, cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007; Id. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008; a livello di semantica storica, cfr. W. Freund, *Modernus e altre idee nel Medioevo*, Milano, Medusa, 2001; P. Costa, "Ragione e diritto fra modernità e postmodernità", in C. Dipper, P. Pombeni (a cura di), *Le ragioni del moderno*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 59 ss.



all'atteggiamento con cui i giuristi francesi e inglesi affrontano il proprio discorso sulla natura del diritto e delle sue fonti, per cogliere tutta la distanza dalle loro prospettive<sup>64</sup>.

Il diritto ci appare, così, subito refrattario a una etichettatura che, pur guadagnando la lucida specificità dei percorsi e delle inquadrature tecniche, impedirebbe di comprenderlo nella sua storicità.

Oltre alle dinamiche di acquisizione e di trasmissione di conoscenze tecniche e professionali in ambiti specifici da parte di diverse tipologie di giuristi (dottori, avvocati, notai ecc.), occorre tener presenti le implicazioni, le eventuali ricadute, gli effetti degli scambi attivati dalla circolazione del sapere dei giuristi e se è dato rinvenirne delle tracce concrete nella modificazione dell'ambiente o del costume. Ciò perché la trasmissione del sapere giuridico in ambiti diversi da quelli di provenienza produce comunque effetti su assetti politici ed economici, al di là dell'appartenenza a una precisa realtà geografico-linguistica<sup>65</sup>.

L'intero pensiero giuridico italiano, da Gravina a Brugi, lungi dal ripiegarsi in un'attitudine conservativa, ma anzi spingendosi oltre la soglia della modernità, cerca nella

---

<sup>64</sup> Si vedano da questo punto vista i lavori pubblicati in W. Blockmans, J.Ph. Genet (a cura di), *Visions sur le développement des Etats européens. Théories et Historiographies de l'Etat moderne. Actes du colloque organisé par la Fondation Européenne de la Science et l'Ecole française de Rome, Rome, 18-31 mars 1990*, Rome, École Française de Rome, 1993; sugli orientamenti della storia del diritto in Spagna, cfr. a cura B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente (a cura di), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio, Firenze-Lucca, 25, 26, 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, 1990.

<sup>65</sup> Si pensi alla circolazione dei formulari notarili italiani tra le città e alla loro espansione anche in contesti non italiani (ad esempio la Francia Meridionale, per la quale André Gouron riconosce a Genova un ruolo di primo piano, ritenendo che il canale di trasmissione fosse legato agli scambi commerciali e ai rapporti tra le istituzioni cittadine; sul punto cfr. M. Zabbia, "Notai e modelli documentari: note per la storia della lunga fortuna di una soluzione efficace", in AA.VV., *Circolazione di uomini e scambi culturali tra città (secoli XII-XIV), Ventitreesimo convegno internazionale di studi, Pistoia, 13-16 maggio 2011*, Roma, Viella, 2013, pp. 23 ss., ove ulteriore bibliografia; sul notariato genovese cfr. V. Piergiovanni (a cura di), *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana*, Milano, Giuffrè, 1994; L. Sinisi, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano, Giuffrè, 1997. Avviene anche che molti giuristi tedeschi, inglesi e francesi scendano in Italia e studino a Bologna, ove dalla seconda metà del XII secolo è in atto un coinvolgimento dei giuristi nel governo della città con conseguenti mutamenti istituzionali (W. Malecek, "Studenti tedeschi nelle università italiane", in S. de Rachewiltz, J. Riedmann (a cura di), in *Comunicazione e mobilità nel medioevo. Incontri tra il Sud e il centro dell'Europa (secoli XI-XIV)*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 135 ss.; G. Tamba (a cura di), *Rolandino e l'ars notoria da Bologna all'Europa, Atti del convegno internazionale di studi storici sulla figura e l'opera di Rolandino (Bologna, 9-10 ottobre 2000)*, Milano, Giuffrè, 2002; S. Menzinger, "Forme di implicazione politica dei giuristi nei governi comunali italiani", in J. Chiffolleau, Cl. Gauvard, A. Zorzi (a cura di), *Pratiques sociale set politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Age*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2007, pp. 191 ss.



sapienza degli antichi le chiavi di interpretazione dell'esperienza del presente. Persino il principio bettiano della contemporaneità della storia giuridica<sup>66</sup> può essere letto nella direzione dell'attualità delle radici culturali. Le riflessioni di Emilio Betti mostrano finanche alcuni caratteri non transeunti, capaci di sviluppi e risultati proficui. Due elementi si impongono tra gli altri, rivelando reciproche influenze in una visione complessiva: la decisa orientazione storica e un'attitudine che potremmo definire filosofica ma che si sviluppa nella ricerca storico-giuridica come un concreto metodo di lavoro. Che anche la riflessione storiografica e filosofica italiana più recente si concentri

---

<sup>66</sup> E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit. Sul punto cfr. G. Crifò, "I giuristi e il mondo antico", in Id., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 208 ss. (nel volume collettaneo a cura di L. Polverini, *Lo studio storico del mondo antico nella cultura italiana dell'Ottocento. In memoria di Federico Chabod*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pp. 177 ss.); Id., "Emilio Betti. Note per una ricerca", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), pp. 165 ss.; P. Costa, "Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), pp. 311 ss.; M. Nardozza, *Tradizione romanistica e 'dogmatica moderna'*, cit.; M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2013; Id., "Betti-Croce. Dal dialogo allo scontro", *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 106 (2012), pp. 377 ss.; Id., "Emilio Betti e l'incontro con il fascismo", in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, cit., pp. 63 ss.; A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, RomaTre-Press, 2020. Betti individua nella coscienza storica la sede unitaria di comprensione delle forme dell'esperienza giuridica, nonché dei principi e delle tendenze che la ispirano. Così che il conseguenziale percorso della sua riflessione è costantemente caratterizzato dal tentativo di definizione di un concetto della storicità sottratto alle ipoteche metafisiche dell'idealismo e del positivismo. Significativa, a tal proposito, è l'idea bettiana della "recezione" del diritto romano, interpretata come fenomeno dalle radici profonde, dove per "recezione" non si intende un'accettazione acritica, ma un alterno processo di incorporazione, adattamento e perfezionamento, sia pure legato a forti resistenze, capace di ripercuotersi anche sul diritto recepito (la cui valutazione, nei singoli casi, rappresenta una questione a sé). La recezione del diritto romano appare essere un fenomeno eminentemente culturale, dove il diritto romano è il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico che affonda le proprie radici nella formazione spirituale europea (si legga la prefazione di Betti alla sua *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), Torino, Utet, 1950<sup>2</sup>, pp. IX ss.). Il diritto è così sottratto ad ogni appiattimento sullo Stato e ancor più ad ogni identificazione (di tipo kelseniano) con lo Stato (cfr. G.B. Ferri, "Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico", in Id., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, Cedam, 1994, pp. 31 ss.; nonché la riflessione di N. Irti, "Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)", in Id., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 87 ss.; M.N. Miletta, "Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula", in F. Macario, M.N. Miletta (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, RomaTrE-Press, 2017, pp. 9 ss.).



su alcune categorie – come quelle di impero<sup>67</sup>, sacertà<sup>68</sup> o persona<sup>69</sup> – provenienti dal mondo antico è un'ulteriore prova della vocazione genealogica di una linea di pensiero che, lungo tutto il suo percorso, tende a entrare in sintonia con i tratti costitutivi del presente interrogandolo alla luce della sua radice profonda<sup>70</sup>.

Ciò non ha nulla a che vedere con l'identificazione di un momento originario in quanto tale, a partire dal quale la storia giuridica, o anche una certa vicenda, avrebbe avuto inizio e al quale potrebbe ritornare. L'atteggiamento genealogico parte dal presupposto, contrario, dell'assenza strutturale di un simile momento fondativo. L'origine

---

<sup>67</sup> F.M. Tedesco, "Affrettate tanatografie. Verso un nomos imperiale?", *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 80 (2003), pp. 1 ss.; D. Zolo, "Usi contemporanei di 'impero'", *Filosofia politica*, 18 (2004), pp. 2 ss.; F.M. Tedesco, "Impero latino e idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35 (2006), pp. 373 ss.; V. Marotta, "Gli dèi governano il mondo. Una nota sul problema della trasmissione del potere imperiale in età tetrarchica", in AA.VV., *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, V, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. 3271 ss.

<sup>68</sup> R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, Jovene, 1996; F. Zuccotti, "In tema di sacertà", *Labeo*, 44 (1998), pp. 417 ss.; Id., "Ancora sulla configurazione originaria della sacertà", *Iura*, 64 (2016), pp. 301 ss.; L. Garofalo, *Studi sulla sacertà*, Padova, Cedam, 2005; Id., "Sul dogma della sacertà della vita", in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 555 ss.; Id., *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene, 2009; Id., *Opinioni recenti in tema di sacertà*, in L. Garofalo (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 1 ss., spec. 51 ss. (con ampi riferimenti bibliografici).

<sup>69</sup> E. Stolfi, "La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana", *Filosofia politica*, 21 (2007), pp. 387 ss.; U. Agnati, "'Persona iuris vocabulum'. Per un'interpretazione giuridica di 'persona' nelle opere di Gaio", *Rivista di Diritto Romano*, 9 (2009), pp. 1 ss.; E. Stolfi, "La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane", *Teoria e Storia del diritto privato*, 2 (2009), pp. 10 ss.; Id., "Polites e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica", in C. Tristano, S. Allegria (a cura di), *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socioculturale da Roma alla prima età moderna. Atti del Seminario internazionale Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008*, Montepulciano (Siena), Thesan&Turan, 2008, pp. 30 ss.; Id., "Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne", in P. Bonin et al. (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, cit., pp. 59 ss.; A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, Pavia University Press, 2010; C. Bersani, "Appunti su servaggio e formazione del concetto di persona in età moderna: il Tractatus de servitute personali di Johann Hermann Stamm", *Rivista Internazionale di Diritto comune*, 22 (2011), pp. 255 ss.; M. Fioravanti, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012; L. Solidoro (a cura di), *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, Napoli 22-23 novembre 2012*, Torino, Giappichelli, 2019.

<sup>70</sup> Importanti le riflessioni di O. Diliberto, E. Stolfi, L. Garofalo, R. Bodei e A. Schiavone raccolte nella tavola rotonda sul libro di R. Esposito, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Einaudi, 2013, pubblicate in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 81 (2015), pp. 423 ss. Cfr. anche E. Stolfi, "La genealogia il potere l'oblio, l'inattuale e l'antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni", *Studi senesi*, 119 (2007), in particolare pp. 535 ss., ove bibliografia; Id., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, Il Mulino, 2010.



è sempre coeva, in maniera latente, a ogni momento storico e perciò è riattivabile come risorsa inesauribile. Da questo punto di vista, il richiamo alle proprie radici, tutt'altro che come retaggio di un passato duro a morire, va inteso nel senso, opposto, della sua proiezione nel futuro a partire dal legame, sempre problematico, con la linea mobile del presente<sup>71</sup>.

Tale inclinazione storicistica, nella sua progettualità, significa una netta discontinuità, più volte rivendicata dai nostri giuristi, nei confronti di una concezione meramente legalistica. E ciò proprio per la vocazione pratica che da sempre li caratterizza: invece di tentare di costringere l'esperienza della convivenza civile nei parametri formali delle leggi civili, essi intendono conferire a questa i caratteri concreti dell'esperienza. E perché ciò sia possibile, la scienza giuridica avverte il bisogno di riscoprire la propria costitutiva storicità. Solo in questo modo, infatti, può davvero rivitalizzarsi e riconoscersi in una storicità che fa tutt'uno con il movimento inesauribile della vita.

*Massimo Nardozza*

*Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*

*max.nardozza@libero.it*

---

<sup>71</sup> Cfr. P. Costa, "Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale", in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, cit., pp. 163 ss.; I. Birocchi, "Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto", in B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, cit., pp. 427 ss.