

stria nell'applicazione, il metodo tuttavia è sempre lo stesso»³⁷.

Quanto la visione di Savigny regga i tempi, quanto risulti decisiva per la determinazione delle tonalità fondamentali dell'epoca, quanto interferisca sull'idea di progresso del diritto è valutazione che strettamente attiene ai percorsi della 'Historische Schule'.

Entra in vigore il 1° gennaio dell'anno 1900 il 'Bürgerliches Gesetzbuch'³⁸.

Cade un velo sul progetto savigniano invero di 'Volksgeist'³⁹.

³⁷ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione*, cit., 110.

³⁸ Con l'emanazione del BGB anche in Germania cessava l'*usus modernus pandectarum* «secondo l'interpretazione della scuola storica, dell'*heutiges römisches Recht*» (F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *D@S*, VI, 2007, ora in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 139 ss.). Sui complessi e contraddittori nessi di 'storia' e 'sistema', più grande difficoltà in cui incorre la Scuola storica, si rimanda a M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, 189 ss.; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*², Napoli, 1976, 10 ss.; M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, IX, 1980, 265 ss.

³⁹ Tratto tipizzante la teorica savigniana. Il diritto è immanente al popolo, nasce dal popolo, dalla 'convincione comune del popolo' assunto nella sua entità globale: dal popolo promana uno 'spirito', 'spirito del

L'IDEA DI 'PROGRESSO' DEL DIRITTO DALL'ANTICHITÀ ALLA MODERNITÀ. DIRITTO ROMANO E PROGETTI DI CODIFICAZIONE TRA DICOTTESIMO E DICIANNOVESIMO SECOLO.

1. Tra autori ed epigoni della vicenda scientifica rileva un dato di continuità, uno di differenza. La continuità, vicenda di progressione, suppone un andamento che segue la linea del tempo da un assetto di origine, un momento sorgivo. La differenza determina l'interruzione, il distacco dall'assetto originario, dal momento sorgivo. Nell'unica direzione della storia il nuovo è l'esito di una continuità ma, anche, il prodotto di una storia in atto che, in un dato momento, verifica il suo essere accaduta risolvendo la continuità, dunque l'effetto di una storia spezzata, evento foriero di ulteriore progressione. L'idea di progresso si iscrive entro questi *limina*¹. Non vi è

¹ L'idea di progresso, le questioni inerenti, in G. SASO, voce *Progresso*, in *Enc. del Novecento*, V, Roma, 1981, 623 ss. Per una bibliografia relativa al tema del progresso, vd. R. FRANCHINI, *L'idea di progresso*, Napoli, 1979, 245 ss., ma già J. BURY, *L'idea di progresso*, trad.

it., Milano, 1964, *passim*. Segnano il terreno, pietre miliari che condizionano i percorsi di riflessione sull'idea di progresso nel diciannovesimo secolo, i fondamentali studi: H. SPENCER, *Progress: its Law and Cause*, in *Essays, scientific, political and speculative*, London, 1868, I, 1 ss.; J.B. CROZIER, *Civilization and Progress: Being the Outlines of a new System of political, religious and social Philosophy*, London, 1885, *passim*. La riflessione sull'idea di progresso proseguirà per tutto il secolo successivo. Si rimanda a CH. DAWSON, *Progresso e religione*, trad. it., Milano, 1948, *passim*. Per la letteratura recente, vd. E. BLOCH, *Sul progresso*, trad. it., Milano, 1992, *passim*; L. CRISTOPHER, *Il paradiso in terra. Il progresso e la sua critica*, Milano, 1992, *passim*; L. DUPRÉ, *Kant's Theory of History and Progress*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, LI, 1998, 813 ss.; ID., *Kant e il conflitto delle facoltà. Ermeneutica, progresso storico, medicina*, a cura di C. Bertani e M.A. Pranteda, Bologna, 2003, *passim*. Il moderno dibattito sull'idea di progresso rinviene il punto iniziale nella disputa che avrebbe coinvolto una prima generazione di studiosi al limitare del secolo diciottesimo – Terrason, Perrault, l'abate di Saint-Pierre, Fontanelle –, ancora, negli apporti di Turgot, de Condorcet, L. Mercier lungo tutto il secolo successivo e gli inizi del secolo ventesimo. Sollecitante il contributo di pensiero del filosofo illuminista M.J.A.C. DE CONDORCET, *Abbozzo di un quadro storico dei progressi dello spirito umano*, con Prefazione e Note di M. Minerbi, trad. it., Torino, 1969, volano di ulteriore pensiero. Sull'opera di de Condorcet si leggano K. LÖWITZ, *Meaning in History: The Theological Implications of the Philosophy of History*, Chicago, 1949, *passim*; A.

pervenuto ai moderni stati europei» nei quali non possono non scorgersi, ravvisa Savigny, «le tracce di un periodo di decadenza (il cui) nucleo centrale (...) è una compilazione di scritti di un'età classica che appare ormai perduta e irraggiungibile, e Giustiniano stesso non ne fa mistero»³⁶ –, la sua grandezza, sono restituiti proprio dalla capacità di curare, serbare nel tempo, gli assetti fondamentali: esigenza potentemente avvertita dai giuristi romani. Al punto, che «i concetti e i principî della loro scienza non appaiono loro come prodotti del loro stesso arbitrio, ma sono invece esseri reali la cui esistenza e genealogia è divenuta loro nota attraverso una lunga intima consuetudine. Tutto il loro procedimento ne acquista quindi una sicurezza che non si trova altrove se non nella matematica, e si può dire senza esagerazione che essi calcolano con i loro concetti. E questo metodo non è affatto proprietà esclusiva di uno o di pochi grandi autori, bensì è patrimonio comune di tutti; per quanto diverso sia tra di loro il grado di mae-

³⁶ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*², trad. it., (condotta sul testo della prima edizione, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814), a cura di G. Marini, Napoli, 1989, 110.

(...) nell'indirizzo storico, penetrato con l'Hugo e altri molti negli studi giuridici, e nella concezione romantica»³². Nella teorica del maestro di Francoforte «i due elementi, lo storico e il romantico, si congiungono in forma e significato nuovo, così da originare una vera e propria teoria scientifica del diritto, tale da costituire una fonte nuova di interpretazione degli istituti di diritto privato»³³. L'assetto restituito – Solari svela l'intima inclinazione per Savigny – si condensa in un dato: «i presupposti teoretici della nuova concezione tendevano a trasformare il diritto privato da sistema logico in organismo storico, da ordine di ragione in prodotto spontaneo naturale»³⁴.

Non sarebbero stati, del resto, gli estensori del 'Code Napoléon' a indicare il diritto romano come l'«*expression des sentiments mis par Dieu meme dans le coeur del hommes*»³⁵, diritto giusto e ragionevole? Il pregio di quell'antica esperienza giuridica – prescindendo dal diritto dei «codici di Giustiniano, cioè la forma in cui il diritto romano è

³² G. SOLARI, *Storicismo*, cit., 224

³³ G. SOLARI, *Storicismo*, cit., 224.

³⁴ G. SOLARI, *Storicismo*, cit., 226.

³⁵ *Motifs de la loi du 3. Sept. 1807*, che fungono da prologo al 'Code Napoléon', Paris, 1807, IX.

contraddizione di posizioni, né si contrappongono possibilità inconciliabili: semplicemente le forme, i modi, le circostanze del progresso umano pongono continuità, o differenze, a seconda dei tempi della storia.

Accedendo alla categoria-tempo, avvertendo che il tempo costituisce l'unico spazio al cui interno le vicende umane fluiscono, si rende possibile cogliere le trasformazioni, pensare in termini di accordo incontraddittorio tra opposti temporali, erigere un ponte tra l'antico, le origini, e la modernità: nello spazio intermedio il *fluere* del tempo, spazio in cui padrona incontrastata è la storia.

Alla storia è necessario attingere per intendere la costruzione del progresso umano e assumere correttamente il rapporto di 'Kultur' e 'Zivilisation'² che Oswald Spengler³ poneva

CENTO, *Condorcet e l'idea di progresso*, Firenze, 1956, *passim*.

² Rapporto tra 'Kultur' e 'Zivilisation' che diviene, sovente, contrapposizione. Sul tema, C. CASES, *I tedeschi e lo spirito francese*, in *Saggi e note di letteratura tedesca*, Torino, 1963, 5 ss.

³ Su Oswald Spengler, la sua controversa personalità, le sue analisi fuori misura da molti ritenute violenta provocazione, ampia letteratura. Già Eduard Meyer sottolineava quanto il pensiero di Spengler significasse rottura rispetto a tralaticie visioni storiografiche (*Spenglers Untergang des Abendlandes*, Berlin, 1925); e

a fondamento di una teorica del progresso dell'uomo. Se l'uomo della 'Kultur' inclina istintivamente a vivere rivolto verso l'interno, l'uomo della 'Zivilisation' non può che vivere guardando all'esterno: ciò che il primo avverte in termini di ineluttabilità, il secondo percepisce in termini di consequenzialità.

L'uomo della 'Zivilisation' è intriso dei valori della scienza, immerso in un mondo di 'razionalità utilitaria' antitetico a quello restituito dalla visuale goethiana della 'natura vivente', la 'lebendige Natur'. Impressionistica e

Benedetto Croce obiettava che alcuna scoperta era da attribuire a Spengler, né quella dei 'cicli storici' elaborata dall'antica teorica greca e mirabilmente ripresa da G.B. Vico, né quella del 'tramonto' già presente in altre storiografie (cfr. la *Recensione* di B. CROCE a *Der Untergang des Abendlandes*, in *La Critica*, XVIII, 1920, 236 ss., ora in ID., *L'Italia dal 1914 al 1918. Pagine sulla guerra*, Bari, 1950, e a *Der Mensch und die Technik. Beitrag zu einer Philosophie des Lebens*, München, 1931, in *La Critica*, XXX, 1932, 57 ss., in seguito in ID., *Orientamenti. Piccoli saggi di filosofia politica*, Milano, 1935 e, ancora, ID., *Conversazioni critiche*, Bari, 1939, V, 294 ss.). Suggestive le riflessioni di Theodor Wiesengrund Adorno che dell'opera di Spengler pone in evidenza le accezioni profetiche: TH. W. ADORNO, *Spengler dopo il tramonto* (1938), in ID., *Prismi. Saggi sulla critica della cultura*, Torino, 1972, 39 ss. Imprescindibile la lettura di H. STUART HUGHES, *Oswald Spengler. A critical Estimate*, New York, 1952, *passim*.

desunto Gioele Solari nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento.

Riflettendo su aforismi e metodi Solari notava che lo stesso Savigny, verificando la costruzione baconiana delle metodiche di approccio all'organizzazione del sapere, investiva, con durezza di toni, lo «scolasticismo giuridico che riduceva lo studio del diritto privato a un artificio logico e ragionava su forme vuote, su entità astratte, anziché sulla realtà concreta e multiforme. La codificazione non era che l'espressione raffinata e artificiosa di questo scolasticismo che condannava all'immobilità e alla sterilità il diritto privato (e il diritto in genere)»³¹.

In un crescendo di motivi Savigny interloquiva con la dottrina della codificazione rivendicando la primogenitura del progetto di sistemazione del diritto positivo. E Solari registra che se, certo, andava estendendosi la «nuova tendenza fondata sui fatti, sulla ricerca delle cause che li generano, delle leggi che li governano, dei fini a cui servono, aprendosi per tal modo la via a una sistemazione organica e unitaria del diritto privato»; tuttavia, «gli elementi di questa riforma il Savigny trovò

³¹ G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato (1915-16)*, Torino, 1940, 224.

ove altrettanto vivo interesse avrebbe ingenerato la polemica sulla codificazione, accese sarebbero state le dialettiche³⁰, pregevoli le analisi, le convergenze si sarebbero alternate a forti divergenze, ragionamenti e pensieri spesi con profusione, spunti importanti avrebbe

li, in G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Rechtswissenschaft*², Heidelberg, 1983, *passim*, su cui lettura di P. CAPPELLINI, *Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenza e assenza*, in *Quaderni fiorentini*, XIII, 1984, 549 ss., che constata quanto risulti chiaro, incontroverso, che «la funzione della storia del diritto romano per tutta la giurisprudenza tedesca dell'Ottocento riveste un ruolo essenziale» (p. 555).

³⁰ Scrive Carlo Ghisalberti nella pagina di apertura di un suo lavoro sulla stagione della codificazione in Italia: «Nella storia dell'Italia contemporanea un ruolo eminente ha avuto la codificazione del diritto». Aspetto essenziale della vita e dell'attività dello «stato in un momento in cui il positivismo giuridico esaltava al massimo il primato della legge scritta, e il formalismo indicava il ruolo delle norme nella regolamentazione della vita sociale, il codice rappresentava indubbiamente la testimonianza più alta e più evidente di un impegno politico nella determinazione dell'assetto e nella previsione dello sviluppo della società civile, almeno nei paesi dove, come in Italia, più forti erano, per ragioni connesse allo svolgimento della storia, l'anelito e il retaggio statualista» (C. GHISALBERTI, *Premessa a La codificazione del diritto in Italia. 1865 - 1942*, Roma-Bari, 2008, XI).

suggestiva l'immagine a cui accede Spengler per restituire la densità delle teoriche e codificare il distacco dall'orizzonte concettuale di Goethe: «così il Faust della prima parte del dramma, l'appassionato ricercatore delle notti solitarie, ha dato logicamente luogo a quello della seconda parte e del nuovo secolo, al simbolo di un'attività pratica rivolta all'esterno, guardante lontano. In ciò Goethe ha anticipato psicologicamente tutto il futuro dell'Europa occidentale. E la civilizzazione in luogo della civiltà, il meccanismo esteriore invece dell'organicità interna, l'intelletto come putrefazione dell'anima in luogo dell'anima stessa, ormai morta. Faust, all'inizio e alla fine del poema, corrisponde, come posizione del mondo antico, all'Elleno del tempo di Pericle e al Romano del tempo di Cesare»⁴.

Misurare il progresso umano è verificarne i tanti e vari percorsi, le difficoltà, le cadute, i ritorni, la vicenda confliggente, o coordinata, di 'Kultur' e 'Zivilisation'.

Ma è ricostruire le ragioni della progressione, i criteri conduttori, il 'Sein' e il 'Zeit', sopra tutto, descrivere la 'Kehre', la svolta decisiva che la storia presenta nei passaggi topici

⁴ O. SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, I, trad. it., Milano, 1978, 530 s.

che scandiscono i tempi del progresso umano, così che il progresso non svilisca a evento effimero.

Non si potrà che descrivere una linea di ricostruzione del progresso, quella restituita dal pensiero storiografico-giuridico, e ripercorrere taluni andamenti del progresso della scienza giuridica: la grande discussione, tra la fine del diciottesimo e i primi del nuovo secolo, avente a tema il ruolo della storia del diritto e il diritto romano. Su quell'impianto i fili di una dialettica storiografica, divenuta 'querelle', sulle origini del diritto borghese⁵, e la

⁵ Le 'Grundlinien' che conducono alla nascita del diritto borghese rilette dall'angolo di visuale del rapporto intercorso tra Hegel e Savigny, il declinare della Scuola Storica, dei suoi teoremi e dei suoi pronunciati, il sovvertimento del paradigma kantiano-savignyano e il prevalere della posizione hegeliana, la stagione della codificazione e della costruzione della ragione giuridica moderna, in A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, 1984, *passim*. Sarebbe stata l'immagine suggestiva del giurista romano del tutto somigliante a quella del matematico, esperto di una scienza oggettiva, scienza oggettiva per antonomasia, immagine che Savigny riprende da Leibniz – i giuristi «calcolano con i loro concetti» (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, 3a ed. 1840, rist. Hildesheim, 1967, 28 s.) –, ad 'accompagnare' «la presenza moderna del diritto romano: l'età della sua connessione

privato in Italia negli ultimi cinquanta anni, in *Riv. dir. comm.*, IX, 1911, 285 ss. pubblicato nella ricorrenza del cinquantenario dell'unità italiana; esaustivo M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini*, VIII, 1979, (pubbl. 1980), 317 ss.; ID., *Antiformalismo e storia del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini*, XVIII, 1989, 675 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 275 ss.; M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index*, XXIII, 1995, 159 ss. Figura di giurista assoluto protagonista in Italia del dibattito sulla codificazione, il ruolo della storia giuridica, la valenza del diritto romano, che avrebbe svolto un ruolo su «diversi registri disciplinari», senz'altro è Biagio Brugi. Su questo intellettuale-giurista, la sua teorica giuridica, molti gli approfondimenti: G. MARINO, *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, 1986, *passim*; ID., *Biagio Brugi e il 'metodo storico' nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, XVI, 1988, 311 ss.; L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, in *Index*, XVI, 1988, 326 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, spec. 141, 144 s.; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quaderni fiorentini*, XXX, 2001, 361 ss.; F. MARIN, *'Germania docet'?. Modello tedesco e scienza italiana nell'opera di Biagio Brugi*, in *Annali dell'Istituto italo-germanico in Trento*, XXVIII, 2002, 133 ss. Uno spettro il più possibile esaustivo della scienza giuridica tedesca lungo un itinerario ricostruttivo di cinque seco-

Dalle sollecitazioni baconiane – consapevoli o meno Thibaut e Savigny –, in Italia²⁹,

²⁹ Sulla questione della ricezione in Italia della 'scienza tedesca' ampio dibattito dottrinale. Si rimanda ai contributi, preziosi per un inquadramento generale, di S. ONUFRIO, *Lo Stato etico e gli hegeliani di Napoli*, Trapani, 1973, *passim* e R. ROMEO, *La Germania e la vita intellettuale italiana dall'unità alla prima guerra mondiale*, in ID., *L'Italia unita e la prima guerra mondiale*, Bari, 1978, 109 ss.; F. RANIERI, *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Ius Commune*, VIII, 1979, 192 ss.; O. WEISS, *La 'scienza tedesca' e l'Italia nell'Ottocento*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento*, IX, 1983, 9 ss.; ID., *Das deutsche Modell. Zu Grundlagen und Grenzen der Bezugnahme auf die deutsche Wissenschaft in Italien in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts*, in *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im 'Zeitalter der Vergleichung'*, a cura di A. Mazzacane e R. Schulze, Berlin, 1995, 77 ss.; U. CORSINI, *Il problema tedesco nell'immagine italiana tra il 1848 e il 1870*, in *Immagini a confronto: Italia e Germania*, a cura di A. Ara e R. Lill, Bologna, 1991, 132 ss. In tema riflessioni già di B. CROCE, *Cultura tedesca e politica italiana*, in *Italia nostra*, 27 dicembre 1914, e ID., *Lo Stato come potenza*, in *La Critica*, XIV, 1915, in seguito in *L'Italia dal 1914 al 1918. Pagine sulla guerra*, Bari, 1919. L'apporto della 'scienza tedesca' all'elaborazione di una scienza nazionale, il confronto critico con la dottrina tedesca, segna un filone della cultura giuridica italiana ma prova lo sforzo di apertura e di sprovvincializzazione della cultura nazionale. Tematica affrontata secondo una varietà di posizioni analitiche: si rimanda allo studio, oramai un classico, di A. ROCCO, *La scienza del diritto*

determinazione del concetto moderno di 'assolutismo giuridico'⁶. Un taglio di lettura che pone a nudo una trama storiografica i cui nodi appaiono intrecciati dal diritto romano, dai suoi ordinamenti, e i cui interpreti moderni – esponenti dell'alta cultura europea, di autore-

con l'individualismo borghese, nello sforzo di costruire su basi romane una forma universalmente accettabile di sintassi giuridica, in grado di orientare l'intera modernità» (A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 16).

⁶ L'assolutismo giuridico è schema interpretativo che pone in evidenza – osserva Paolo Grossi – «anche le indubbie – ma quasi sempre eluse – conseguenze negative delle concezioni giuridiche borghesi». In particolare per il giurista storico significa 'inaridimento', «prendere atto anche dell'altra faccia di quella testa bifronte che è la Codificazione del diritto privato (manifestazione prima e suprema del moderno diritto borghese) e la generale panlegificazione; senza insulsi e ingenui donchisciottismi segnalare la complessità del grande fenomeno 'codificazione', il più grande nella storia giuridica dei paesi di 'civil law'; segnalarne liberi dalla insopportabile retorica ottantanovarda, le sue implicazioni molteplici anche negative per la storia del diritto moderno proprio in grazia del suo carattere fondamentale di monopolizzazione da parte dello Stato del meccanismo di produzione del diritto, perfino del diritto privato, che una tradizione antica e mai smentita aveva pressoché lasciato nell'orbita dei privati» (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 4).

voli scuole storiografiche e correnti di pensiero – segnano le tonalità e le intensità del riflettere sul diritto ravvisando le linee di continuità, e discontinuità, con l'antico, così sostanziando un'altra 'Kehre' propiziente una nuova ontologia giuridica: la vicenda del progresso giuridico, ma la vicenda del diritto in Occidente.

Presentare spunti che abbiano qualche attendibilità, temi che evocino questioni non secondarie, lo scopo del lavoro.

2. La vicenda del diritto rimanda a continuità e a differenze. Siano generalisti, ovvero specialisti, gli interpreti della scienza, e della scienza giuridica, ribadiscono questo assunto con elevato grado di rigore speculativo: spingono i propri paradigmi indietro nel tempo per costruire la storia, li proiettano in avanti per costruire la scienza.

All'indomani della Grande Guerra, tempo dell'età dell'ansia, l'intellettualità, e l'intellettualità giuridica, realizza la necessità di sostenere un'idea di progresso dispersi gli entusiasmi positivisticici che avevano caratterizzato la fine del diciannovesimo secolo.

Nei *Selected Essays* T. S. Eliot descrive questi andamenti, 'formalizza' una continuità as-

Le riviste di riferimento – l'*Archiv für civilistische Praxis*, direttore Thibaut, la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, direttore Savigny – il palcoscenico dello scontro: pagine di finissima fattura intellettuale, in un crescendo di eccellenti apporti di pensiero e profondità di analisi, scandiscono le ragioni reciproche, disegnano scenari attuali e futuri per il diritto.

Motivi baconiani traspaiono dall'approccio alla questione.

Al tempo dell'Inghilterra elisabettiana, nel suo *The Advancement of Learning*, Francesco Bacone coglieva due modi di organizzazione del sapere: gli 'aforismi', traduzioni di una conoscenza frammentaria, spingono l'uomo a ulteriormente indagare; i 'metodi' forniscono una visione globale, rendono l'uomo sicuro consentendogli di giungere il più lontano possibile. La codificazione è metodo, metodo che spinge l'uomo in direzione del progresso giuridico: nella traduzione in forma simbolica – il codice genere letterario delimitante il diritto positivo – l'oggetto della sistemazione è irrigidito, cristallizzato, cosicché può dirsi che, mediante il codice, si realizza una tecnica idonea a diffondere materia attuale e una sistematica del sapere giuridico.

La traccia baconiana si svela indicazione di metodo.

Thibaut²⁷ apriva la stagione dialettica postulando la necessità della codificazione del diritto civile tedesco, quella di Savigny²⁸ interpretava l'aperto dissenso rispetto a questa visuale.

²⁷ Su Thibaut esponente del tardo giusnaturalismo laico, si legga, tra gli altri, E. WOHLHAUPTER, *Thibaut und Robert Schumann, in Dichterjuristen*, I, Tübingen 1953, 120 ss.; H. KIEFNER, *A.F.J. Thibaut*, in *ZSS*, LXXVII, 1960, 304 ss.; H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny - Ihre programmatischen Schriften. Einleitung*, München, 1973, 9 ss.

²⁸ Su Savigny vasta produzione. D'obbligo menzionare, degli innumerevoli contributi, A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny - Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*³, I-III, Berlin, 1927-1939, *passim*; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen, 1967, spec. 381 ss.; ID., *Storicismo*, cit., 891 ss. Savigny protagonista del tempo, i rapporti intrattenuti con gli ambienti intellettuali, in E. ROTHACKER, *Savigny, Grimm, Ranke - Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der historischen Schule*, in *HZ*, CXXVIII, 1923, 416 ss. Dense le pagine di E. WOLF, *Friedrich Carl von Savigny*, in *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, spec. 467 ss. La cultura politica di Savigny viene ampiamente approfondita, tra gli altri, da W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1958, *passim*. Le motivazioni che avrebbero indotto Savigny alla scrittura del *Beruf*, in P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in *ZSS Germ.*, LXXXVI, 1969, 97 ss. *Adde*, G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978.

siologica, continuità tra il sentimento del nuovo, che va radicandosi, e il sentimento del passato a cui sarebbe stato imprescindibile attingere.

Guardare a fondo nelle tormentose vicende della evoluzione umana conduce alla consapevolezza che l'idea di progresso, il progresso delle scienze – dunque anche del diritto, scienza sociale –, deve inverarsi di senso storico e «non soltanto del carattere 'passato' di ciò che è avvenuto, ma anche (del) suo carattere presente», considerato «che il passato dovrebbe essere alterato dal presente nella stessa misura in cui il presente è orientato dal passato»⁷. Posizione ferma che apre alla moderna visione di scienza, alla consapevolezza che la scienza, per esser tale, deve poggiare su due presupposti indefettibili: la riproducibilità nel tempo e l'universalità del sapere.

Presupposti, cemento di ogni scienza, che valgono per la scienza giuridica: annodare il presente al passato del diritto è svelarne la trama storica.

Ogni età ha le sue metafore preferite e quella del progresso della scienza è *topos* della modernità.

⁷ T.S. ELIOT, *Selected Essays 1917-1932*, London, 1969, 14.

Ma il progresso della scienza giuridica suppone dinamiche proprie⁸.

Valorizza le ragioni che sottendono il diverso, causa e ragione di discontinuità di forme e contenuti giuridici, ma postula lo sforzo incessante di contestualizzare il diritto al nuovo: obiettivo possibile a condizione che il diritto attinga alla storia e si rigeneri sul fondamento di assunti acquisiti e radicati. L'opposto di quanto Spinoza insegnava nell'*Etica* – *Una substantia non potest deduci ab alia substantia*⁹ –, l'opposto dell'idea che il nuovo è tale se in deducibile dall'antico.

Guardando all'interazione dei piani – quello oggettivo dei processi, quello soggettivo degli interpreti che guidano, 'pilotano' i processi – alla *scientia iuris* romana sarebbe stato demandato dalla storia un ruolo decisivo¹⁰.

⁸ Vale per la scienza giuridica quanto Martin Heidegger ha detto per ogni scienza, ovvero che «l'autentico "movimento" delle scienze ha luogo nella revisione – più o meno radicale e a se stessa trasparente – dei loro concetti fondamentali. Il livello di una scienza si misura dall'ampiezza entro cui è capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali» (M. HEIDEGGER, *Essere e tempo. L'essenza del fondamento*, trad. it., Torino, 1969, 62).

⁹ B. SPINOZA, *Ethica*, prop. X.

¹⁰ A Roma, in età repubblicana, il giurista opera in un sistema giuridico 'aperto'. Questa opportunità – po-

rosamente, nell'anno 1814, lo stesso della pubblicazione dell'opera di Anton Friedrich Justus Thibaut *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, e dell'opera di Friedrich Carl von Savigny *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Contestualità non casuale. Se l'opera di

a cura di G. Marini, Napoli, 1989, 24). Avrebbero preceduto, e seguito, il saggio del 1814 altri lavori di A.F.J. Thibaut sulla tematica della codificazione: del 1798 è lo studio *Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, del 1799 l'altro studio *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, nel 1803 è pubblicata l'opera fondamentale, il *System des Pandektenrechts*, Jena, 1803, 8a ed. 1836, ed. postuma 1846, pilastro della pandettistica, opera di sistemazione del diritto romano e di costruzione del moderno diritto civile tedesco. Di fronte a Thibaut, ai fautori della codificazione, Savigny e la scuola storica. Alla dignità dello studioso Thibaut si contrappone «nulla di meno che la solennità del genio» (p. 27). Il mondo del diritto, nella visione di Savigny, si inseriva «in una cornice culturale che conosceva una rinascita degli ideali cosmopolitici della classicità, e insieme la sensibilità per le manifestazioni originali, creative, peculiari alla vita del popolo» (*ivi*). Quel genio del diritto, giunto sino all'incarico di ministro della legislazione nella Prussia di Federico Guglielmo IV, avrebbe indelebilmente segnato il dibattito coevo: la *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter* compare negli anni dal 1815 al 1831, il *System des heutigen römischen Rechts* negli anni dal 1840 al 1851.

La storia del diritto europeo assume caratteri di storia di un sistema che, nel tempo, tende progressivamente a perfezionarsi mai venendo meno all'ispirazione originaria: quel sistema di diritto – nell'ottica di Hugo e di Savigny – rinviene il suo momento sorgivo nel diritto romano. Punto di origine dell'aspra dialettica sulla codificazione è costituito dal saggio intitolato *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland* dato alle stampe ad Hannover nel 1814 da August Wilhelm Rehberg. Aprendo il fronte polemico contro i «riformatori del genere umano» (pref., VI) Rehberg postulava la necessità di assumere la dimensione storica del diritto, ed esaminato esegeticamente il contenuto del 'Code Napoléon', verificava la consistente utilizzazione del diritto romano. I compilatori di quel codice – ne desumeva – sarebbero riusciti a sottrarsi alla tracotanza della 'ragione rivoluzionaria'. Appunto da questo originario intervento di Rehberg avrebbe preso spunto Thibaut, professore universitario con cattedra a Heidelberg, conoscitore e studioso del diritto romano pur non essendone 'sacerdote'. Semplice e nitido il suo pensiero: «riconoscere gli aspetti generali presenti nel materiale giuridico, e insieme descriverli e organizzarli in forma logica e sistematica: il diritto presente nella storia, se se ne toglievano i frutti dell'arbitrio e le particolarità insignificanti, dettate da circostanze contingenti di tempi e di luoghi, presentava lineamenti uniformi e ragionevoli, che la ragione dell'uomo non poteva non riconoscere come conformi a sé. Una simile visione della storia egli avrebbe posto alla base di un codice per la Germania» (A.F.J. THIBAUT - F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*²,

La verifica è restituita dalle modalità di interazione dei piani della *interpretatio*, oggettivo e

trebbe dirsi ambientale – 'esalta' la *peritia* del giurista, come già Cicerone aveva ribadito nel riferirsi alla *peritia iuris* tratto caratterizzante del sapere giurisprudenziale: ... *qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset* (de orat. 1.48.212). Il giurista deve essere esperto nel fare, piuttosto che nel conoscere: la scelta pragmatica emerge nitida come una via predestinata, di identità, che non smarrisce il suo significato anche quando è solo *docere respondendo*: ... *alteros* (sc.: *iurisperitos*) *enim respondententes audire sat erat, ut ei qui docerent nullum sibi ad eam rem tempus ipsi seponerent, sed eodem tempore et discentibus satis facerent et consulentibus; alteri* (sc.: *oratores*) ... (Cic. or. 42.143). Osservazioni sul testo dell'*Orator* in K. BRINGMANN, *Untersuchungen zum späten Cicero*, Göttingen, 1971, 49 s.; *adde*, F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 366 ss. e nt. 290. Da ultimo, il nostro *La giurisprudenza tra repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, 9 ss., spec. 12. Ne consegue un ruolo della *scientia iuris* centrale diretto a stabilire raccordi e osmosi all'interno del diritto, a disporre le tessere che compongono il diritto tutto. Di tale funzione testimonia Pomponio: *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? Post hoc deinde auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (Pomp. l. sing. ench. D. 1.2.2.13).

soggettivo, cosicché, se l'oggetto dell'interpretazione – il diritto – misura i percorsi contestualizzandosi a ragioni di sviluppo necessario, i soggetti investiti della funzione dell'interpretare – i giuristi, *iurisperiti*, *iurisprudentes* – affinano modi e tecniche, svolgono l'*interpretatio*, modo pregevole di conseguire la *creatio* del diritto privato. Si attua una sinergia tra valore e struttura del diritto oltre il limite del dogmatismo¹¹. E se all'essenza di ciò che è storico conviene il passato, guardando a ritroso e attingendo al passato, la giurisprudenza si onera del compito di declinare il diritto al pre-

¹¹ Nel sistema giuridico aperto, quale è il sistema romano di età repubblicana, il giurista svolge funzione di verifica circa il funzionamento dell'intero *ius* e delle *partes iuris*. Analisi 'funzionale' che attiene a come le *partes iuris* funzionano, non funzionano, dovrebbero funzionare; ma diretta, altresì, a correggere le 'disfunzioni' del sistema giuridico a cui il giurista rimedia operando dall'interno del sistema stesso. Il 'funzionalismo' è tema largamente approfondito dalla dottrina sociologico-giuridica. Sul 'funzionalismo' come filosofia sociale, e come metodo, certamente un classico è lo studio di K. DAVIS, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, in *American Sociological Review*, XXIV, 1959, 758 ss. A illustrare la dottrina di questo A. si leggano i lavori di P.F. LAZARFELD, *Introduzione alla sociologia*, trad. it., Roma-Bari, 1973, spec. 98 e A.W. GOULDNER, *La crisi della sociologia*, trad. it., Bologna, 1980, spec. 545.

Di notevole durezza²⁶ la polemica deflagra in una Germania, crocevia di dottrine, clamo-

bürgerliche Gesetzbuch, 153 ss. Ancora, vd. P. CARONI, *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in *Festschrift H. Baltl*, Innsbruck, 1978, 107 ss.

²⁶ Polemica di cui si avvertono i primi echi nei rilievi avanzati da una intellettualità critica di cui il grammatico Jacob Grimm si rende interprete. Viene osservato che le leggi null'altro sono che 'correzioni di usi sbagliati' intervenendo *ex postea* e, solo in tal modo, conseguono effettività e cogenza. Posizione distesamente espressa nella prefazione alla *Deutsche Grammatik* (Göttingen, 1819) citata da Gustav Hugo nel puntuale saggio *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten* in cui viene chiarito – accogliendo il paragone grimmiano tra diritto e linguaggio – che le leggi non costituiscono, né l'unica fonte del diritto, né, tanto meno, la più importante, dato che, oltre queste, rileva il comportamento degli uomini. Saranno i giuristi a descrivere la realtà – come fanno i grammatici per la lingua –, ma non spetta certo ai giuristi (-legislatori) indicare ai popoli i comportamenti da seguire. Il paragone tra diritto e linguaggio, colto da Savigny, individua uno snodo concettuale che rimanda a un'idea di tersità e di organicità dell'esposizione (Savigny filologo «in senso stretto, e cioè come interprete ed emendatore di testi [ovviamente, testi giuridici romani] [...] che sfugge ad ogni facile schematizzazione» viene studiato da F. DE MARINI AVONZO, *La filologia romanistica di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, IX, 1980, *Su Federico Carlo Savigny*, 245 ss.).

pea»²³, è legittimo desumerlo dal motivo del 'continuismo' posto ad epicentro concettuale. Nella visuale della Scuola storica il continuismo resta saldamente stretto a un sostanzialismo scientifico «inerente alla 'forma-diritto'» che postula un ruolo per il diritto romano, l'inoscidabilità delle forme dell'esperienza giuridica antica²⁴.

Pulsioni che avrebbero alimentato altro fuoco polemico.

Ogni dialettica converge nel punto centrale: l'opportunità della codificazione²⁵.

²³ A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., 64.

²⁴ Nella lettura savignyana il diritto è qualcosa di storicamente divenuto, magmatico. Confligge con il codice, qualcosa di artefatto, prodotto confezionato. Profonde considerazioni, in tema, di F. WIEACKER, *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano, 1978, spec. 898 e 902.

²⁵ Uno sguardo prospettico alle grandi questioni della codificazione in Germania, nel secolo diciannovesimo, in S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, *passim*; adde, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, a cura di H. Coing e W. Wilhelm, Frankfurt a.M., 1974, ove compare il saggio di W. WAGNER, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, 119 ss., e l'altro di W. OGRIS, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine*

sente, tradurne gli assunti, verificarne le ragioni attuali.

Si onera di sostanziare il diritto positivo: densa la consapevolezza del giurista di operare in forza di una 'Wertfreiheit' scientifica lungamente sedimentata.

Mutate le angolazioni prospettiche l'*Etica* di Spinoza restituisce, ora, spunti preziosi – *Attributum enim est id, quod intellectus de substantia percipit tamquam eius essentiam constituens; adeoque per se concipi debet*¹²–: l'*intellectus* è attributo dell'essere e il principio di ragione legittima l'autonomia di valutazione. L'*intellectus* fornisce gli strumenti idonei al giurista affinché questi possa pervenire alla conoscenza, svelare quella universalità assiologica che solo l'interprete ha possibilità di intendere e restituire.

L'*interpretatio iuris* si pone quale fattore di propulsione del progresso giuridico.

Richiamando un principio fermo del Le Roy – «La scienza non conosce il fatto in sé, ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico»¹³ – , in una pagina densa di suggestioni

¹² B. SPINOZA, *Ethica*, prop. X.

¹³ E. LE ROY, *Sulla nozione di verità*, app. a *Science et philosophie*, in *Revue Métaphysique*, 1899-1900, trad. it., Lanciano, 1913, 115. L'intero brano viene riportato da A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Mi-

Bruno Paradisi vede assai bene, fermando l'analisi sulla storia giuridica, che filosofia e scienza del diritto «concorrono a definire la natura empirica del diritto», ben inteso, del diritto «quale è costruito o definito dalla scienza giuridica ed al quale la filosofia attribuisce quell'empiricità»: questo costituisce «l'oggetto della storia giuridica, perché il diritto è un complesso di valutazioni, di qualificazioni di un oggetto; e l'oggetto fa parte della storia politica, economica, spirituale di un popolo, e

lano, 1963, 122 s.: «Il senso comune ragiona come l'esperienza fosse recezione, pura, come se essa consistesse in un consulto, ove la natura risponderebbe con un verdetto sovrano davanti al quale ci si dovrebbe inchinare senz'altro: nel quale lo spirito, per conseguenza, sarebbe passivo e si limiterebbe soltanto a registrare gli ordini venuti dall'esterno. Questa concezione non risponde affatto alla realtà delle cose. La scienza non conosce il fatto in sé ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico. Per essa, i fatti non sono definibili astrattamente, ma solo e mediante il sistema che li produce e se li assimila. In tal modo non esistono per essa che fatti qualificati – fatti matematici, fisici, chimici, biologici, psicologici, ecc. – non di fatti suscettibili di essere costituiti anteriormente, indipendentemente dall'uso che si deve farne, indipendenti dalla dottrina che li suscita e in seno a cui nascono».

Il 'formalismo' diviene spazio di dialettica, e di scontro.

Il terreno del diritto – nella visione della Scuola storica – viene arato in profondità col vomere del formalismo. A seguire la lettura restituita dal Savigny del *Beruf* ancora è il formalismo ad alienare «qualunque determinazione storica contingente, e qualunque problematicità, per presentarsi con i tratti di una necessità 'naturale' e irresistibile»²².

Evocare il formalismo significava molto più che attingere a una intuizione.

Savigny ne deduceva le linee di una dottrina del diritto ispirata a uno 'Streben' ininterrotto immerso nel divenire nella storia. Vi si colgono i tratti di una metafisica del progresso giuridico che, come flusso eracleo, appare contrassegnata da un continuismo senza soluzioni, senza rotture. Punto di origine il diritto romano. Che fossero i germi di un diritto romano-borghese, che «nella nascita stessa della ragione giuridica borghese vi fosse un compatto e denso nocciolo romanistico, vissuto come eredità diretta di un sapere antico in grado ancora di dirigere e di governare, attraverso l'intelligenza dei suoi continuatori moderni il presente storico della società euro-

²² A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., 74.

dero diritto privato, *fons* di un diritto-sistema forgiato nella fucina del diritto romano: la composizione degli assetti delinea corpo, e fisionomia, di un 'diritto privato romano-borghese'.

Qualcosa di assai singolare, tuttavia, si determina in profondità, qualcosa di imponderabile ora che i parametri fanno presagire la stabilità ontologica del diritto.

Sopravviene, proprio ora, la rottura di una continuità, saltano gli assetti tralatici, cedono le garanzie prestate dalla 'forma' romana del diritto. Appare evidente che, se fino a un tempo, «la fortuna del diritto romano-borghese (e del paradigma scientifico di Savigny che ne rappresenta l'espressione più coerente) coincideva in Europa quasi completamente con l'epoca del trionfo politico della borghesia, negli anni in cui il funzionamento del capitalismo reale si avvicinava di più alla sua forma classica», di lì ad altro tempo, tempo prossimo, quel modello romano-borghese avrebbe vissuto il suo precoce declino e gli equilibri su cui poggiava iniziato a incrinarsi.

Si oppone l'alternativa hegeliana alla «voce storicista della Scuola storica», alternativa conforme a «un costruttivismo sistematico», dagli anni quaranta del secolo epicentro della scienza giuridica tedesca, ma europea.

quest'è appunto il rapporto tra il diritto e la storia»¹⁴.

Questa è la storia del diritto¹⁵ ed è linea di pensiero che interseca la teoria crociana della 'categoria dei distinti'.

Qui si determina un sicuro spostamento di visuali dato che il tema del progresso del diritto, e il relativo chiarimento circa il ruolo della storia giuridica, non può esser sussumibile nello 'storicismo assoluto' di Benedetto Croce, teorica che esaurisce il problema della possibilità e del fondamento del sapere, della scienza, nel concetto impressionistico «la vita e la realtà è storia e nient'altro che storia»¹⁶, e riduce il diritto a espressione dell'attività pratica, dimensione diversa rispetto alle leggi espressioni di oggettiva necessità. Il diritto, dunque, ridotto a *imago sine re*, la storia del diritto assunta come storia di mera 'preparazione' all'azione¹⁷.

Non è storia quella del diritto, a seguire Croce, ma pseudo-storia, meglio, «storia par-

¹⁴ B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, 484.

¹⁵ B. PARADISI, *Apologia*, cit., 484.

¹⁶ B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, 51.

¹⁷ B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economia ed Etica*, Bari, 1909, spec. 377.

nicolare e speciale» concentrica alla storia generale se si consideri che «la vera storia del diritto di un popolo (del diritto realmente eseguito, e non soltanto di quello formulato nelle leggi e nei codici, il quale spesso è rimasto lettera morta), non può non essere tutt'uno con la storia sociale e politica di quel popolo; storia tutta giuridica, ossia economica; storia di bisogni e di lavoro». Pensiero che chiude la *Filosofia della Pratica*.

Visuale stretta a un dato che costituisce fulcro di differenze con Hegel: ovvero, le modalità del porsi della 'dialettica dei distinti' rispetto alla 'dialettica degli opposti'. Se la dialettica degli opposti regola la vita interna di ogni categoria – anche del diritto –, la dialettica dei distinti regola i rapporti tra categorie: dire che le categorie si presentano distinte non significa – questa la lettura di Croce – che l'una sia negazione dell'altra, attuazione dell'altra, superamento dell'altra, piuttosto riconoscere che le categorie si svolgono su piani validi pur tutte, teleologicamente, attuandosi la medesima vita dello spirito.

La ricaduta di questa teorica sul diritto, sulla storia giuridica, comporta una evidente *reductio*.

Il nesso storia-diritto, diversamente dal nesso storia-economia, risulta evanescente,

Si elabora una 'Rechtswissenschaft', via hegeliana a un modello di scienza giuridica che funga da collettore delle varie posizioni giustoriografiche, tale da restituire ordine alla varietà degli approcci al diritto, e alla storia, categorie perennemente in dialettica imprescindibili a delineare la struttura del diritto positivo attuale e a costruire una ragione giuridica moderna. Inevitabilmente una 'Rechtswissenschaft' che, nel porre a nudo tutto il travaglio di un'età di svolta, si denota simpatetica allo spirito tedesco: nella polemica con Savigny, e alla Scuola storica, «convergono (...) esperienze culturali che si fondono a comporre un microcosmo di relazioni multiverso: filosofia giuridica in senso stretto, storia della tradizione romanistica, analisi del pensiero giuridico romano, teoria generale della storia e della conoscenza, rapporto con il kantismo, e infine, appena abbozzata ma nettissima, una proposta di politica del diritto (e di intreccio fra Stato e diritto privato della società civile) alternativa al modello vincente di Savigny)».

Questa è età di sperimentazioni analitiche ma di asprezza di posizioni.

Rivolgersi al diritto romano è guardare al fondamento. Né è un caso, certo – nell'ottica savigniana –, che l'esperienza giuridica antica avrebbe costituito il 'Grundakkord' del mo-

Di tali andamenti una suggestiva lettura dottrinale restituisce una traccia, tassello isolato di un ampio mosaico – 'ritaglio' dei percorsi culturali che, in quel torno di tempo, elevano il diritto a nucleo di riflessione del tema del progresso –, ed è la polemica tra Hegel e Savigny, attrito di mondi e di visioni, in realtà, polemica intrattenuta con la Scuola storica del diritto, «piccolo granello della sterminata 'Hegel-Forschung'»²¹ e indizio di una 'Kultur' destinata a valicare il tempo del suo porsi.

ze soggettive – di classe sociale, mestiere, religione, razza, sesso, stato familiare –: varietà di situazioni coinvolgenti la persona, lo *status personae*, che non avevano ricevuto adeguata sistemazione nel corso del diciottesimo secolo. La tendenza alla semplificazione, come andrà sostanziandosi solo alla fine del secolo, non avrebbe potuto realizzarsi se non come «aspetto sovrastrutturale di una rivoluzione politica in senso liberale borghese». Di modo che, la codificazione «per essere semplice in questo senso, avrebbe (...) dovuto ignorare quanto più possibili *status* soggettivi, cioè ridurre il soggetto all'uomo (...) eliminando ogni rilevanza di corpi sociali diversi dall'uomo: ciò che, appunto, costituisce una rivoluzione politica, e non tecnica» (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 38).

²¹ A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., VII.

astratto e formale, in quanto il diritto, esso stesso – osserva Croce –, è categoria astratta e formale e astratta e formale, non altrimenti, è la storia del diritto. Esito che palesemente stride con una sedimentazione di pensiero, l'acquisizione di tesi fondamentali, il 'Sollen' della storia – e del diritto –, tale da sostenere il concetto di valore nella eterna lotta al disvalore. Rinunciare all'appropriazione positiva del passato è compromettere la possibilità di 'dominare' «immensi spazi della storia»¹⁸.

3. L'idea del progresso del diritto interseca i secoli decimottavo e decimonono presentandosi come tema insistito. Pensare il diritto, scandirne i tempi, tradurre al presente, avrebbe supposto approcci adatti, la messa a punto di strumenti di analisi, un'idea forte.

La riflessione profusa dalle scuole di pensiero si addensa intorno a un nucleo: il superamento della posizione tralaticia che nel diritto riscontra una scienza autoreferente – esito dell'aristotelico 'essere in quanto essere' – e l'affinamento di una visione che, attingendo al fondamento della sostanza giuridica, risulti idonea a comporre attualità del diritto e sua

¹⁸ L'espressione è di B. PARADISI, *Apologia*, cit., 485.

vicenda storica. Aspetti coesi e interagenti. Si indulge nel riflettere che l'*exsistere* primigenio del diritto, e il suo *exsistere* attuale, concorrano al disvelamento delle fasi e degli stadi della vicenda giuridica, dei suoi momenti progressivi, così che sarebbe stato imprescindibile volgere al fondamento del fondamento, all'«essere in quanto essere» del diritto, per riuscire a descrivere un'ontologia giuridica declinabile al presente¹⁹.

Declinare al presente il diritto è accedere al diritto positivo.

E gli approcci al diritto positivo comportano una selezione di modi, paradigmi, lin-

¹⁹ Rileva il ruolo esercitato dal giurista-storico come dal giurista-positivo. Nelle consapevolezze dello storico del diritto viva e presente risiede l'esigenza di svolgere «una funzione primaria di coscienza critica del giurista di diritto positivo», in quanto «non può che diffidare di paesaggi troppo semplici, memore che la complessità è la ricchezza di ogni clima storico, e avanza legittimamente il sospetto che quella geometria semplice sia il frutto di un sapientissimo artificio, si risolva in una costruzione artefatta; e sarà questo, già nei primi del Novecento, negli anni di prime incrinature dell'ideario giuridico post-illuministico, il sospetto che affiorerà nei giuristi più consapevoli appena che gli occhi si siano cominciati a liberare dal velame suadente di bisecolari suggestioni» (P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 47).

guaggi, una semantica coerente alla modernità come si profila all'alba del diciannovesimo secolo.

Eludere gli scogli delle diatribe verbalistiche, rivolgersi ai contenuti – si direbbe meglio, aggredire i contenuti –, avrebbe costituito la 'Darstellung', restituzione efficace e vera della 'fede media' dell'intellettualità sette-ottocentesca impegnata a sostanziare il progresso delle scienze, e della scienza giuridica. Sarebbe stato decisivo non indulgere in escogitazioni teoretiche, né cedere a sfocate costruzioni analitiche che tutto avrebbero ridotto a una sorta di 'ricordo di copertura', a mera 'Deckerinnerung'; anzi, avvertire la consapevolezza che la 'Darstellung', per alcuna ragione, sarebbe dovuta scadere in 'Deckerinnerung'. Una sofisticata fucina di pensiero lavora l'*aes rude*, la materia giuridica, nel corso del diciannovesimo secolo, plasma, restituisce orizzonte concettuale, delinea l'assetto ontologico del diritto privato – ora 'diritto privato comune' – valido nei confini della Germania ma esteso alla latitudine dell'Europa intera²⁰.

²⁰ Esattamente si è rilevato che, al fondo dei processi di ordine che interessano il diritto, come vanno svolgendosi al declinare del secolo diciottesimo, emerge forte una esigenza di semplificazione che trova spazio, e ragione, nella enucleazione delle tante differen-

Confermando la ritrosia per il codice Savigny chiude il saggio *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* insistendo sul termine ‘vocazione’. In polemica con Thibaut, con i sostenitori della codificazione, rileva: «Anche nel giudicare la situazio-

popolo’ che nel *System* è detto ‘Volksgeist’. Svelarne il senso è andare a radici romantiche. Savigny circonda il ‘Volksgeist’ di luce vivida cogliendo il ‘Geist’ hegeliano e i riferimenti di Puchta. E se ‘Volksgeist’, nella visione di Savigny, è essenza del popolo, spirito invitante desideri e aspettative, se individua il codice genetico di un popolo, nella posteriore lettura questa eterea visione savignyana non sempre verrà intesa in una accezione positiva. L’Orestano trasmette queste perplessità: «Può essere opportuno (...) precisare che veramente il Savigny per tutta la vita operò con il sostantivo semplice ‘Volk’ (‘popolo’), cui talvolta alternò il composto ‘Volksüberzeugung’ (‘coscienza popolare’). Solo in scritti tardi, sporadicamente e dopo che era stata usata dal suo grande allievo Puchta, impiegò anche ‘Volksgeist’, espressione tanto oscura e fumosa quanto la prima era concreta e d’immediata comprensione. Ma gliene incolse, perché con troppo sommario giudizio Savigny divenne ‘l’uomo del Volksgeist’, e proprio contro l’astrusità dell’idea espressa da questo termine – che era in circolazione prima e indipendentemente dalla Scuola Storica, della quale diventò tuttavia un’insegna – si appuntarono le critiche non solo degli avversari, ma anche di qualche fautore» (R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 252 s.).

ne attuale siamo d'accordo, giacché la riconosciamo tutti e due insufficiente. Loro tuttavia vedono la radice del male nelle fonti del diritto, e credono di rimediare con un codice: io la vedo piuttosto in noi stessi, e credo che proprio per questo noi non abbiamo vocazione alla compilazione di un codice». Torna Savigny sulla 'vocazione', concetto possente: questo scandisce il tempo storico. Nella vocazione riposa il 'destino dell'essere', 'Geschick des Seins' dirà Martin Heidegger.

La prosa assurge a toni solenni. Il pensiero di un nobile tedesco del sedicesimo secolo, posto in fondo a *La vocazione del nostro tempo – Nam mihi aspicienti legum libros, et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum (...). Non igitur detereamur periculis, non frangamur animis, (...) nec possessionem studii nostri deseramus. Itaque Deus flectat animos principum ac potentum ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optare bonos et prudentes. Nam hac remota, ne dici potest quanta in aulis tyrannis, in judiciis barbaries, denique confusio in tota civili vita secutura esset, quam ut*

tempo, saldo nella sua verità. I fondamenti del diritto sono basati, in Europa, su una matrice culturale comune. L'eredità del diritto romano è sintomo decisivo dell'esistenza di comuni origini.

The idea of human progress is also the idea of legal progress and Roman law is the original event in the history of Western legal tradition. It remains stable over time and stable in his truth. The foundations of the law are based, in Europe, on a common cultural matrix. The heritage left by Roman law is an important indicator of the existence of common roots.

MAURIZIO D'ORTA

Professore Associato di Storia del Diritto Romano
Università degli Studi di Salerno
E-mail: mdorta@unisa.it

calcolati. Svanisce l'onestà del pensiero scientifico»⁶⁸.

ABSTRACT

L'idea del progresso umano è anche idea del progresso giuridico e il diritto romano è evento originario della storia giuridica occidentale. Resta saldo nella dimensione del

⁶⁸ A. OMODEO, *Per la difesa della cultura (diuturna polemica)*, in *Leonardo*, 1928, 9. Ricca di suggestioni l'analisi di Omodeo viene ripresa da Delio Cantimori (*Commemorazione di Adolfo Omodeo*, in *Annali della Scuola Normale di Pisa*, fasc. 3-4, 1947) nella raccolta di saggi *Storici e storia. Metodo, caratteristiche e significato del lavoro storiografico*, Torino, 1971, 37 s. Si rinviene una ragione e una filosofia nell'impegno dello storico esito di concreto lavoro, onestà scientifica, analisi filologica. Cauterieri che Omodeo rivendica come imprescindibili e fondamentali della ricerca storica: «Il lavoro dello storico è un duro dissodamento e dà l'affanno non meno dello zappare, a chi non vi sia avvezzo. Ma senza questa dura fatica, senza questa tormentosa analisi di documenti, senza questa esigenza critica di tutto chiarire a se stesso, non si costruisce nulla di solido (...) Senza calcoli tediosi e scrupoli tecnici l'architetto non può costruire, a meno che non sia uno scenografo. Così anche lo storico» (A. OMODEO, in *Giornale Critico della Filosofia Italiana*, III, 1922, 419, ora in D. CANTIMORI, *Commemorazione*, cit., in *Storici e storia*, cit., 36).

*Deus prohibeat, ex animo petamus*⁴⁰–, emerge denso di profetismo.

A declinare è lo storicismo (di impronta savignyana, e non solo savignyana) minato da aporie tali da comprometterne i principi informativi – incoerenza di storia e sistema, crisi del metodo sperimentale quale esclusivo metodo di ricostruzione della storia giuridica –: storicismo che sembra aver smarrito la capacità di decifrarsi e rimettere al giusto posto i tasselli del mosaico, di competere correndo la stagione della codificazione.

A prevalere è la visione illuministica. Sarà questa a ordinare il complesso edificio delle relazioni tra i *cives* enucleando, dall'impianto tradizionale del diritto, il fulcro di un moderno diritto civile e traducendo in diritto positivo: l'autentico movimento del diritto sarebbe stato ora riconoscibile in ragione del suo 'progredire differenziante' rispetto ad ogni altra scienza, esito di una 'Wertfreiheit' scientifica tutta conclusa nel concetto di progresso del diritto.

Il codice diviene simbolo di recuperata razionalità.

⁴⁰ P. MELANCHTHON, 'Oratio de dignitate legum', in 'Selectae Declamationes', I, Servestae, 1587, 247 e ID., 'Oratio de vita Irnerii et Bartoli', II, 411.

Il risvolto è l'abbandono del formalismo, di ogni formalismo giuridico, di ogni metafora del calcolare e del calcolo, di ogni analogia con la matematica⁴¹: modi tutti coerenti – nel-

⁴¹ In una celebre pagina del *Beruf* si illustrano le analogie tra sapere giuridico e sapere scientifico-matematico. Appunto questa sinergia rende immortali i giuristi romani: «Abbiamo mostrato precedentemente come, nella nostra scienza, qualsiasi successo si fondi sulla padronanza dei principi fondamentali. Ebbene, proprio in ciò consiste la grandezza dei giuristi romani: nei concetti e nelle massime della loro scienza essi non vedono il frutto del loro arbitrio ma esseri reali, la cui esistenza e genealogia sono divenute loro familiari per lunga consuetudine. È per questo che tutto il loro modo di procedere possiede una sicurezza che non si riscontra in nessun altro campo al di fuori della matematica, sicché si può dire, senza tema di esagerare, che essi calcolano con i loro concetti. Questo metodo però non è appannaggio di un solo individuo, né di una cerchia ristretta di grandi scrittori: esso è patrimonio comune e rimane fundamentalmente lo stesso, anche se, nei vari giuristi, diverso è il grado di perizia nella sua applicazione». Consapevolezza che giunge a Savigny da una tradizione sedimentata, «una linea di pensiero che da Leibniz a Domat, a Wolff aveva imparato a coniugare analisi giuridica sui testi del *Corpus iuris* e logica matematica, nuova calcolistica e geometria classica secondo una combinazione che si voleva insieme rigorosa e feconda». D'altronde, «Una scienza che 'calcoli' è una scienza in grado di eseguire misure e stabilire proporzioni. Una scienza giuridica

nuovo ordine e una nuova gerarchia (...). Ma per questo riordinamento compiuto dal nostro pensiero la realtà non si conchiude. In quella realtà rigenerata possiamo inserirci noi come forza operosa, in un compito concreto, in una volontà che afferma o nega secondo un'intima legge. Le fila della storia sono nelle nostre mani (...). L'eticità nostra non si è affatto negata o distrutta nel pensiero storico, se il pensiero storico è, come abbiamo insistito, pensiero critico. Nella serietà che lo regge, il pensiero storico diviene un'operazione efficace sul suo stesso oggetto⁶⁷. I suoi risultati rivendicano la piena obiettività, si chiamano scoperte e non invenzioni. Ma nel rispetto intelligente dei fatti si compie, al di là di ogni riflesso proposito, una trasformazione profonda dei fatti: non per arbitrio, ma perché il valore e il senso dei fatti è nella serie e nella proporzione reciproca, e questa serie e questa proporzione si svolgono e si ampliano organicamente nell'attività che anima il pensiero storico. Ma guai a indugiarsi su ciò e a compiacersene: a voler proporre artificialmente a questa nostra attività risultati artificiosamente

⁶⁷ Riflessioni approfondite, puntuali, in F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica del diritto*, Padova, 2010, *passim*.

Il filo delle affinità spirituali rimanda a una pagina di Adolfo Omodeo:

«Noi gli uomini del passato li definiamo: fin lì e non oltre. (...). Troviamo un mito entro cui vivono rinvolti e popoli e secoli e millenni. Il mito, dominato e riconosciuto mito, si trasforma in concetto che stabilisce un

zione sincronica), per poi rinvenirne, nell'esperienza giuridica precodificatoria, un *nucleo comune* (cd. comparazione diacronica), utile ad ispirare opzioni dalla valenza armonizzante» (F.P. CASAVOLA, *Dal diritto*, cit., 36). Le varie posizioni, le oscillazioni, le varianti dottrinali sono illustrate, *ivi*, alle pp. 36 ss. Di altro orientamento, dichiaratamente avverso alla metodologia storico-comparatistica ritenuta non idonea ad assicurare uniformità al diritto europeo, di sicuro per l'ambito del diritto pubblico, si è fatto sostenitore A. PADOA SCHIOPPA, *Storia e diritto europeo*, pubbl. nella rubrica *Arena* del *Rechtshistorisches Journal*, XII, 1993, 259 ss., e ID., *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2001, 1 ss.; *adde*, ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, spec. 567 ss. Ulteriore dottrina avanza dubbi circa l'opportunità di utilizzare la metodologia comparatistica per illustrare i nessi antico-moderno, in particolare per la verifica delle compatibilità di 'civil law' e 'common law': in tal senso, si consultino M. BRETONNE, *La 'coscienza ironica'*, cit., 197 ss.; ID., *La persona*, cit., 459 ss., e A. MANTELLO, *Di certe smanie*, cit., 37 ss.; ID., *Ancora sulle smanie*, cit., 7 ss.

la traccia di Leibniz⁴²–, tuttavia inadatti a tradurre in termini di effettività e di cogenza, ma di modernità, la questione della elaborazione del sistema giuridico.

Si conclama la divergenza. Hegel in antitesi a Savigny⁴³.

che 'calcoli' (...) deve essere capace di 'misurare' relazioni sociali, atti, comportamenti umani, trasformandoli in equazioni giuridiche (...). L'immagine del calcolo esprime per Savigny l'attitudine più profonda del sapere dei giuristi romani: la sua tendenza a costruire un sistema di 'massime' e di 'principi fondamentali' non 'arbitrari' (...) ma connessi in modo 'reale' a un insieme di misure e di eguaglianze prestabilite» (A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., 72 ss.).

⁴² La traccia di Leibniz si legge nell'opera '*Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*', pars II, §§ 10 ss., in *Sämtliche Schriften und Briefe, Philosophische Schriften*, I, Berlin, 1930, rist. 1971, 297 ss. In letteratura, cfr. M. BRETONNE, *Il 'Beruf' e la ricerca del 'tempo classico'*, in *Quaderni fiorentini*, IX, 1980, 203 ss.

⁴³ Il rapporto Savigny - Hegel è oggetto di puntuali approfondite analisi. Rilevano le compatibilità, e le discontinuità, tra Scuola Storica ed hegelismo. In tema, vd. G. MARINI, *La polemica con la Scuola storica nella Filosofia del diritto hegeliana*, in *Riv. filosofia*, VII-VIII-IX, 1977, 167 ss.; ID., *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, in *Quaderni fiorentini*, IX, 1980, 114 ss.; A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., spec. 61 ss.; P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova, 1999, spec. 189 ss., L. RAPHAEL, *Rechtskultur, Verrechtlichung, Professionalisierung*, in *Rechtskultur, Rechtswissenschaft*,

Divergenza di approcci alla storia giuridica, al diritto romano, alla tradizione romanistica, non già pregiudiziale contrasto di visuali e teoriche. Ad Hegel non sarebbe certo sfuggito il rilievo del diritto romano, il pregio di quell'antica tradizione culturale: al fondo della visuale hegeliana si riconoscono i temi della storia, del diritto, del progresso e deve altresì ritenersi che l'esigenza di attingere all'originario – motivo evocato in pieno ventesimo secolo da Heidegger – rappresenta il motivo profondo di una posizione culturale hegeliana che poggia sull'idea del 'cominciamento assoluto' e investe il diritto, scienza che si svolge a partire da un *caput* determinato del sapere.

Nella scia di Hegel osserverà Heidegger – si legge nel § 3 di *Sein und Zeit* –, che «l'autentico 'movimento' delle scienze ha luogo nella revisione – più o meno radicale e a sé stessa trasparente – dei loro concetti fondamentali. Il livello di una scienza si misura dall'ampiezza entro cui è capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali»⁴⁴. Accogliendo motivi razionalistici dirà ancora Heidegger che «ogni ontologia per quanto disponga di un sistema di categorie ricco e ben

Rechtsberufe im 19. Jahrhundert, a cura di Chr. Dipper, Berlin, 2000, *passim*.

⁴⁴ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., 62.

cittadinanza, giustizia offre nell'articolazione dei suoi contenuti quadri di settore che tagliano trasversalmente le partizioni sistematiche ereditate dal diritto romano e dai codici nazionali»⁶⁵.

Il diritto romano torna, per altre vie, dimora originaria di una dimensione valoriale fondamento del diritto europeo.

Sovviene il lavoro denso e onesto del giurista-storico, uomo moderno pervaso di sentimento del passato, attento al presente, conoscitore dell'antico⁶⁶.

⁶⁵ F.P. CASAVOLA, *Dal diritto*, cit., 28 s.

⁶⁶ Lettura che si coordina alle linee analitiche descrittive di possibili scenari propizianti un diritto europeo. Un diritto – esattamente si è detto – che non risulti inquinato dalla burocrazia centrale europea, prodotto dalla sola giurisdizione delle Corti europee, ma che disegni la trama di un nuovo *ius commune* che non sia privo di anima. Circa il «metodo più opportuno da adottare per il perseguimento di un simile obiettivo, destinato, secondo le intenzioni a ricomprendere financo l'esperienza del 'common law' inglese» appare per lo più condivisa, nonostante i distinguo, la soluzione storico-comparatistica, della 'doppia-comparazione', che assicura autonomia di pensiero, facoltà di azione, al nuovo giurista europeo «anzitutto chiamato a procedere all'analisi delle similitudini e delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali, o fra le discipline da essi dettate per singoli istituti, specie del diritto privato (c.d. macro e micro compara-

contro con la modernità, superare le aporie dei tempi, di ogni tempo in cui la storia si presenti col suo volto più ingrato, come accaduto quando l'«urlo della Marsigliese e i mortaretti sparati per le carte dei diritti hanno (...) impedito di avvertire quanto coartante e innaturale fosse il gran processo di panlegificazione e di codificazione sette-ottocentesco»⁶³. Come accadrà ogni volta che 'l'urlo della Marsigliese' torni a conclamare gli eccessi restituendo altre incongruità.

Il diritto romano riappare nel 'quadrante' della storia dell'Europa.

Con densità di pensiero si è detto che «se si vuole superare la nozione puramente geografica dell'Europa è utile interrogare la sequenza Impero Romano, Sacro Romano Impero, *Respublica Christiana*, *Ius Commune*, 'Rèpublique des Lettrés'⁶⁴, tutti momenti di un'unica storia. Né si è mancato di avvertire, benché appaia inopinabile un qualche ritorno al diritto romano nell'accezione di diritto positivo, che è pur vero che «sui diritti fondamentali sarà edificato il nuovo diritto europeo. Ognuno dei cinque titoli della carta dei diritti, dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà,

⁶³ P. GROSSI, *Assolutismo*, cit., 3.

⁶⁴ F.P. CASAVOLA, *Dal diritto*, cit., 17.

connesso, rimane in fondo cieca e falsante rispetto al suo intento più proprio, se non ha in primo luogo sufficientemente chiarito il senso dell'essere e se non ha concepito questo chiarimento come il suo compito fondamentale»⁴⁵. La visione, tutta hegeliana, che rimanda ogni chiarimento sul presente del diritto ancorando alla necessità di provvedere alla prima esigenza, la ricerca ontologica della scienza, superato ogni formalismo, così che il diritto idoneamente possa dirsi scienza positiva, latitudinalmente percorre la cultura occidentale.

A chiusura del saggio *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* Savigny rivendica il pregio della visuale: «Il nostro obiettivo è lo stesso: vogliamo il fondamento di un diritto sicuro, sicuro dall'ingerenza dell'arbitrio e delle idee ingiuste; così pure vogliamo comunanza della nazione e concentrazione delle sue attività scientifiche sullo stesso soggetto. Per raggiungere tale obiettivo, loro chiedono un codice, il quale arrecherebbe però l'unità auspicata solo a metà della Germania, e isolerebbe invece l'altra metà più nettamente di prima. Io vedo il mezzo giusto in una scienza giuridica in progresso organico, che possa essere comune a tutta la nazione.

⁴⁵ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., 65.

Anche nel giudicare la situazione attuale siamo d'accordo, giacché la riconosciamo tutti e due insufficiente. Loro tuttavia vedono la radice del male nelle fonti del diritto, e credono di rimediare con un codice: io la vedo piuttosto in noi stessi, e credo che proprio per questo noi non abbiamo vocazione alla compilazione di un codice»⁴⁶.

I tempi volgono in altra direzione.

Spento il teorema storicistico si apre la stagione del costruttivismo dogmatico della civilistica «vero compimento del diritto romano-borghese»⁴⁷.

4. Potrebbe prendersi a prestito la teoria delle monadi leibniziana per rappresentare il carattere di continuità e/o discontinuità del moderno diritto rispetto all'antico⁴⁸.

⁴⁶ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione*, cit., 196 s.

⁴⁷ A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., 77.

⁴⁸ La monadologia leibniziana (*Principes de la Philosophie ou Monadologie*, a cura di A. Robinet, Paris, 1954, edizione che include anche i *Principes de la Nature et de la Grace fondés en Raison*) costituisce il fondo metafisico dello storicismo. Ci si chiede: come può esservi nella coesa unità monadica, unità senza parti, una qualche modalità del molteplice che legittimi la progressione? La risposta deve rinvenirsi nell'elemento qualitativo della monade elemento di ogni differenza. Ogni mo-

rebbe operazione storiografica impropria rinunciare a cogliere la dimensione ultronea rispetto a micromodelli e aree di macrocomparsazione, omettere di volgere lo sguardo allo sfondo, alla storia, alla storia giuridica, e coglierne il senso.

Diritto romano sedimentazione di cultura giuridica, esito di logiche e di tecniche, deposito sapienziale, esercizio di sistema giuridico aperto, originaria esperienza di diritto delle genti, diritto globale: per legittimità riconosciuta dalla storia, all'alba del ventunesimo secolo, quel diritto può ancora celebrare l'in-

LI, 2005, 109 ss.; A. SCHIAVONE, 'Ius', cit., spec. 5 ss.; F.M. D'IPPOLITO, *Modelli storiografici fra otto e novecento. Con un inedito di Francesco De Martino*, Napoli, 2007, *passim*; A. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo, Ciencia del derecho: derecho romano - 'ius commune' - derecho europeo*, Madrid, 2007, *passim*; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008, *passim*; ID., *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, 2010, *passim*; *Modelli storiografici fra otto e novecento. Una discussione*, a cura di F. Lucrezi e G. Negri, Napoli, 2011, *passim*. Il fondamento romanistico della formazione del giurista moderno è tema di grande attualità: per tutti, si rimanda a C.M. BIANCA, *Il diritto romano nella formazione del giurista oggi: considerazioni di un civilista*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista oggi*, cit., *passim* e, a proposito di 'ricerche' e 'revisioni' «richieste dall'eredità perduta del diritto romano», si legga F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, *passim*.

fondamenti del diritto europeo: una occasione da non sprecare, in *Iura*, LI, 2000, 1 ss.; ID., *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index*, XXX, 2002, 163 ss.; A. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, in *Diritto romano attuale*, IV, 2000, 37 ss.; ID., *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*, in *Labeo*, XLVIII, 2002, 7 ss.; A. MAZZACANE, *Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, XXX, 2002, 97 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo?*, Torino, I, 2011; II, 2010, *passim*; EAD., *Esperienze giuridiche a confronto. Aspetti del diritto pubblico e privato dall'età romana alle codificazioni moderne. Lezioni*, Napoli, 2001, *passim*; M. VARI, *Diritto romano 'ius commune' europeo?*, in *Index*, XXX, 2002, 183 ss.; M.W. HESSEN-LINK, *The New European Private Law*, The Hague, 2002, *passim*; R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002, *passim*; A. FÖLDI, *The Continuity of Roman Law Tradition*, in *The Roman Law Tradition*, in *Societies in Transition*, a cura di P. Belovsky e M. Skrejek, Praha, 2003, 30 ss.; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in O. TROIANO, G. RIZZELLI, M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia (Foggia, 20-21 giugno 2003)*, Milano, 2004, 104 s.; ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, *passim*; ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, *passim*; A. GUARINO, *Il latino nel villaggio globale*, in *RAL*, IX.15, 2004, 339 ss.; M. CARVALE, *Alle origini del sistema giuridico europeo. 'Ius commune', 'droit commun', 'common law' nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005, *passim*; O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*,

La logica simbolica leibniziana suppone che le monadi siano prive di finestre: ugualmente i fautori della discontinuità riscontrano, nei tempi del diritto, fratture e soluzioni del suo divenire progrediente da un nucleo antico, il diritto romano. Non vi è finestra che si apra sull'antico postulandosi l'assenza, per il diritto, di ogni comunicazione antico-moderno.

L'accettazione di questa visuale non può essere assoluta.

La propensione di una storiografia moderna a sottacere le linee faticose e complesse lungo le quali tanto riflettere sul diritto è andato sedimentandosi così da pervenire all'acquisizione di tesi fondamentali; la tendenza di una storiografia delle idee a supporre come assolute verità deboli semplificazioni, non giova a restituire lo sfondo storico, i nessi di

nade può dirsi abbia un mondo solo per se stessa rigorosamente proprio. Altro il problema dell'identità del mondo costituito da monadi, cosicché il rapporto tra monade e monade diviene problema che Leibniz risolve ricorrendo a un'idea semplice tradotta in una semplice espressione: «le monadi non hanno finestre attraverso le quali qualche cosa possa entrare o uscire» («Les monades n'ont point de fenestres par lesquelles quelque chose y puisse entrer ou sortir», oss. 7).

antico e moderno, la questione stessa del progresso del diritto, le ragioni sottese, nella stagione della codificazione borghese – lungo l'arco temporale che si dispiega dalla metà del secolo XVIII all'inizio del secolo XIX –, all'esigenza della redazione del codice⁴⁹.

Possibile che una scienza – nella prospettiva che interessa il diritto – talvolta, prescindendo, lungo il suo corso, dalla serialità degli eventi, venga meno alla continuità delle sequenze, interrompa inossidabili concatenazioni: possibile che sopravvengano interruzioni della continuità. Nella prospettiva teleologica vale l'estensione temporale, la diacronia della scienza.

Non altrettanto possibile è che possa prescindersi dal *fons* e smarrire il punto sorgivo – obliterare l'esperienza giuridica romana – dato che la ricerca del *fons* è unico percorso utile a

⁴⁹ La dialettica dottrinale sul ruolo del codice, e sulla codificazione moderna, presenta una varietà di approcci coerenti alle tante problematiche, di varia natura, che il tema presenta. Una messa a fuoco, terminologica e concettuale, viene effettuata da M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1967, *passim*, che di poco precede lo studio di J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967, *passim* diretto a offrire una elencazione delle opere che presentano nella titolatura il termine 'Codice'.

Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts, in ZEP, 1994, 74 ss.; ID., *Zur romanistischen Tradition im modernen Europa: 'Index' für Peter Stein*, in *Index*, XXIII, 1995, 55 ss.; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in AUPA, XLIII, 1995, 201 ss.; T. GIARO, *Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa*, in *Ius commune*, XXII, 1995, 1 ss.; ID., *'Lasciamo queste devianze puerili ai tedeschi!'*, in *Mélanges H. Kupiszewski*, Varsovie, 1996, 127 ss.; ID., *'Comparemus!' Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Riv. critica del dir. priv.*, XIX, 2001, 539 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, spec. XIII; M. BRETONE, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 197 ss.; ID., *La persona e la cosa*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 459 ss.; D. OSLER, *The Myth of European Legal History*, in *Rechtshistorisches Journal*, XVI, 1997, 393 ss.; A. GAMBARO, *'Iura et leges' nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Europa e dir. privato*, IV, 1998, 993 ss.; ID., *La formazione del giurista in Europa*, in *Contratto e impresa. Europa*, II, 2002, 796 ss.; J.M. RAINER, *Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo*, in *Index*, XXVI, 1998, 449 ss.; ID., *Il diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*, in *L'anima 'europea' dell'Europa*, a cura di D. Castellano, Napoli, 2002, 45 ss.; A.M. ESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad. it., Bologna, 1999, *passim*; W. EWALD, *Legal History and Comparative Law*, in ZEP, 1999, 553 ss.; D. JOHNSTON, *Roman Law, Comparative Law and legal History*, in ZEP, 1999, 560 ss.; L. LABRUNA, *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli, 1999, spec. 1 ss. = *Ius europaeum commune*, in *'Quaestiones Iuris'. Festschrift J. W. Wolf*, Berlin, 2000, 157 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessione su 'i*

Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin, 1991, 8 ss.; ID., *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996, 1 ss.; ID., *The Civil Law in European Codes*, in *The Civilian Tradition and Scots Law*, a cura di D.L. Carey Miller e R. Zimmermann, Berlin, 1997, 259 ss.; ID., *Einführung: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsdogmatik. Beiträge zum 32. Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg*, in *ZEP*, 1999, 494 s.; ID., *Roman Law, contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001, *passim*; ID., *Common law und 'ius commune': Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich*, in *Festschrift Max-Planck-Institut*, 2001, 851 ss.; ID., *Europa und das römische Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, CCII, 2002, 243 ss.; ID., *Roman Law and European Culture*, in *New Zealand Law Review*, 2007, 341 ss.; P. CARONI, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, XVI, 1994, 85 ss.; G. CRIFÒ, *Prospettive romanistiche per l'Europa unita*, in *RIDA*, XLI Suppl. 1994, 125 ss.; R. FEENSTRA, *Le droit romain et l'Europe*, in *RIDA*, XLI Suppl. 1994, 15 ss.; G. PUGLIESE, *Aspetti del 'diritto comune europeo'*, in *Studi G. Gorla*, Milano, 1994, 1092 ss.; R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *ZEP*, II, 1994, 244 ss.; ID., *Diritto romano e 'ius commune' davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 521 ss.; H. WAGNER, *Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne*, in *RIDA*, XLI, Suppl. 1994, 230 ss.; F. STURM, *Droit romain et identité européenne*, in *RIDA*, XLI, Suppl. 1994, 147 ss.; K. W. NÖRR, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz*:

determinare l'essenza della scienza. E se intervengano fratture e interruzioni, soluzioni della continuità progrediente della scienza – vicende accadute al diritto e passibili di accadere –, oltre ogni insidia e tentazione antistoricistica rileva la dimensione assiologica, tipica di quella scienza, mai smarribile, mai alienabile: per il diritto, scienza sociale, che serba indenne nel tempo storico la sua identità e la sua essenza, il progresso assume fattezze di destino ontologico.

Il progetto codificatorio della pandettistica, «epigono di una lunga tradizione elaboratrice del *Corpus iuris* rivolta ad attribuire funzione normativa alle fonti romane e quindi ad attualizzare di secolo in secolo e di situazione in situazione i contenuti precettivi (effettivi o supposti)»⁵⁰, diretto a sostanziare le linee del diritto civile tedesco e a favorire la tecnicizzazione della scienza giuridica, sarebbe rimasto ancorato alla necessità di attingere all'esperienza storico-giuridica; benché più di una riserva, più di una critica venisse avanzata – Windscheid non avrebbe mancato di notarlo – circa la coerenza analitica di taluni seguaci della 'Historische Schule'. Questi, i seguaci di Savigny – eccepiva Windscheid –, sembrava-

⁵⁰ R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 477 s.

no aver smarrito il *sensus* della 'questione ultima' «che per noi (*sc.*: i pandettisti) (...) non è di come il diritto romano sia stato in un'epoca qualunque, ma come possiamo attualmente applicarlo»⁵¹. Commenta l'Orestano: «qui l'equivoco consiste nel ritenere che i pandettisti applicassero un *quid* a cui si potesse dare nome di diritto romano mentre in realtà applicavano il risultato di elaborazioni plurime stratificate in secoli di 'tradizione romanistica' che con il 'diritto romano dei Romani' ben poco avevano a che fare»⁵².

La tendenza, più o meno consapevole, a operare secondo una prospettiva coerente a un meccanismo di traslazione dei piani – il diritto romano e la tradizione romanistica – avrebbe prodotto nuove forme di 'Isolierung' per il diritto romano. La giusromanistica – si è osservato – si sarebbe ridotta a «fare la guardia' al diritto romano, piuttosto che esplorarne con libertà d'intenti i confini, i contenuti e l'effettivo volere» confinandosi lo studio del diritto romano «in una cintura protettiva, quasi timoroso di negare se stesso qualora fosse

⁵¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it., Torino, 1925, 27.

⁵² R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 478.

mano, ponendo fine alle tendenze neoumanistiche proprie del secolo appena trascorso ed attingendo alle lezioni esemplari sia della tradizione romanistica medievale e moderna sia della Pandettistica» (F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, Napoli, 2006, 35 *ivi* ampia discussione critica e 'resoconto argomentato' delle varie posizioni dottrinali). Imprescindibile riferimento P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it., Firenze, 1962, *passim*. Si rimanda, altresì, a H. COING, *Die europäische Rechtsgeschichte der neueren Zeit*, in *Ius Commune*, I, 1967, 1 ss.; ID., *The Roman Law as 'ius commune' on the Continent*, in *LQR*, LXXXIX, 1973, 505 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I-II, trad. it., Milano, 1980, *passim*; ID., *Historical Models for the Unification of European Law*, in *Festschrift R. Summers*, Berlin, 1994, 297 ss.; P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva 'Introduzione allo studio del diritto romano' di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini*, XVII, 1988, 533 ss.; ID., *L'Europa e il diritto*, Roma-Bari, 2007, *passim*; F.P. CASAVOLA, *Diritto romano fra passato e futuro*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista oggi. Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza della seconda Università di Roma*, Milano, 1989; ID., *Diritto romano e diritto europeo*, in *Labeo*, XL, 1994, 161 ss. (= 'Sententia legum', cit., II, cit., 367 ss.); C.A. CANNATA, 'Usus hodiernus pandectarum', 'common law', *diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHI*, LVII, 1991, 383 ss.; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 1995, *passim*; ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi G. Impallomeni*, Milano, 1999, 43 ss.; R. ZIMMERMANN, 'Usus Hodiernus Pandectarum', in *Europäische Rechts- und*

rente alle società antiche se pure, in varie forme, fenomeno non estraneo alla modernità). Questo non è porre nei giusti termini, secondo giuste scansioni, giuste ragioni, l'analisi storiografica. Sin troppo agevole è asserire l'inconciliabilità assoluta di tradizione civilistica e diritto britannico, di diritto romano e diritto moderno, l'inattendibilità di ogni apporto e ruolo del diritto romano nella figurazione lata del disegno di un costituendo diritto civile europeo. Vari, cospicui, i contributi di pensiero, e di analisi, nell'uno e nell'altro senso. Si rimanda a W.W. BUCKLAND, *A.D. MCNAIR, Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, 1965, *passim*; P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, *passim*; P. STEIN, *I precedenti nella 'common law'*, in *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari, maggio 1981*, Milano, 1982, 53 ss.; ID., *I rapporti interni fra il diritto romano classico ed il 'common law'*, in *Incontro con G. Pugliese*, Milano, 1992, 59 ss.; ID., *The Influence of Roman Law on the Common Law*, in *Historisch vooruitzicht*, a cura di M.E. Franke, Arnhem, 1994, 166; ID., *I fondamenti del diritto europeo*, trad. it., Milano, 1995, *passim*; ID., *Common Law and Civil Law in Historical Perspective*, in *ZEP*, 1997, 385 ss.; M. REIMANN, *Rechtsgeschichte und geschichtliches Recht in 'Common law'*, in *Norm und Tradition*, a cura di P. Caroni e G. Dilcher, Köln, 1998, 216 ss., quanto ai rapporti diritto romano-'common law'. Sul ruolo del diritto romano, il contributo di questo antico diritto al costituendo diritto europeo, amplissima letteratura. Il ventaglio delle letture trasmette la delicatezza del tema: punto di origine di ogni analisi «l'idea che un nuovo *ius commune* possa essere edificato, come 'Professorenrecht', sulla base del diritto ro-

uscito dalla linea tradizionale della difesa e dell'esaltazione»⁵³.

Aspra lettura. Pure, sostenere questo non è certo dire che l'antico resti incoerente al moderno, che l'antica ragione giuridica resti asettica rispetto alla ragione giuridica moderna. Indebito ed estremo è asserire che «le pur pregevoli ricerche sul geniale concetto generale di contratto labeoniano hanno per il nuovo diritto europeo pressappoco lo stesso significato pratico che assumono per l'astronomia odierna gli studi sui precedenti ellenistici dell'eliocentrismo copernicano»⁵⁴ e valutare che non ogni 'good old time' sia idoneo a produrre esiti di costruttiva modernità.

Addurre ancora, con ironica consequenzialità, che al lume di «un ragionamento strettamente positivista ogni ricerca 'avventista' su germi e semi, orme e tracce, radici e matrici si esclude in via quasi tautologica»⁵⁵ e solo a

⁵³ R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 487.

⁵⁴ T. GIARO, *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 143.

⁵⁵ T. GIARO, *Diritto*, cit., 148, che richiama A. ADAMO, *Diritto romano a proposito ed a sproposito*, in *Labeo*, XLV, 1999, 254 ss. circa il richiamo ai «valori comuni dell'Occidente». *Adde*, ora, ID., *Scienza giuridica, prassi, l'interesse della metodologia storico-comparatistica, il ruolo del*

condizione di sovvertire endemici convincimenti circa il ruolo del diritto, e della scienza giuridica, si renderebbe possibile affrancare il giurista 'post-moderno' da un fardello atavico, da un atavico sapere. Il giurista postmoderno sarebbe nelle condizioni di poter accogliere innocuamente il lascito antico se forte di principi rigido-positivisti soli idonei a dispiegare «nell'ambito della 'western legal tradition' qualche efficacia sul piano di produzione del diritto»⁵⁶.

Letture che aliena il 'Geist' della storia, lede in radice l'idea di progresso del diritto, mina la costruzione di una attendibile moderna ragione giuridica.

Nel *Cours de philosophie positive*⁵⁷ Auguste Comte restituiva un dato concettuale assoluto

giurista. Una visione in movimento, in *SDHI*, LXXVI, 2010, 829 ss.

⁵⁶ T. GIARO, *Diritto*, cit., 148.

⁵⁷ Opera pubblicata a Parigi in due tomi (1830 e 1835). Lo svolgimento delle fasi del progresso comporta non poche difficoltà, non di poco conto, e Comte ne appare consapevole. Le difficoltà si pongono in quanto ogni fase precedente è disposta in sequenza così da preparare l'ultima e definitiva fase: sequenze successive coerenti a ogni tempo che passa, a ogni tempo destinato a passare. L'ultima e definitiva fase risulta anch'essa immersa nel corso storico, ma ne emerge pur conservando un carattere storico, sto-

altri animali, oggetto del diritto di usufrutto, come si legge nelle *Institutiones* di Gaio (Gai 2.32) e nei *Libri ad edictum* di Ulpiano (Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.5.3), nonché, evidentemente, dalla celebre definizione varroniana degli schiavi 'strumenti vocali' (Varr. *de re rust.* 1.17.1). In questo senso, T. GIARO, *Diritto*, cit., 147. 'Area di macrocomparazione', a titolo ancora di esempio, la materia degli *status personarum* terreno propiziante 'divagazioni' sdruciolevoli circa le distanze tra elaborazioni giuridiche antiche e moderne, tale da condurre, in una prospettiva tutta moderna, alla delicata prospettiva dei diritti umani (in tema, cfr. L. LABRUNA, *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica, e 'humanitas' del diritto. 'Iurisprudentia universalis'*, in *Festschrift Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 379 ss.; F.P. CASAVOLA, *Fondamento giuridico dei diritti umani*, in *Orientamenti sociali*, I, 1989, 28 ss. [= 'Sententia legum' tra mondo antico e moderno, II. *Metodologia e storia della storiografia*, Napoli, 2001, 79 ss.]; ID., *I diritti umani*, in *Univ. di Padova. Centro di studi e di formazione sui diritti dell'uomo e dei popoli*, XII, Padova, 1997, 1 ss. [= 'Sententia legum', cit., III. *Itinerari della civiltà giuridica*, Napoli, 2004, 347 ss.]). A seguire, il fossato storico tra tempi del diritto riceve ulteriore crisma allorché si invochi la gaiana *summa divisio de iure personarum* (Gai 1.9). Certo, esempi di micromodelli, e di aree di macrocomparazione, è sempre possibile individuare, né il Giaro se ne sottrae. Ma è del tutto evidente che non su questo piano deve impostarsi un approfondimento storico-comparativo che abbia attendibilità diacronica: dunque, enucleare tipicità assolute, di un tempo e di un mondo, che valgono per quel tempo, per quel mondo (sicuro indice di questa operazione il fenomeno della schiavitù coe-

trèsì, intravedere solo uno scenario desolante per la romanistica comparata che, «con tutti i suoi meriti nel campo dell'araldica giuridica, risulta poco utile ai suoi destinatari principali, che sono i comparatisti occidentali, i più benevoli dei quali ne fanno un uso puramente ornamentale»⁶¹, è informare ogni processo a mero tecnicismo. Rinunciare a cogliere l'*intimus sensus* della storia spezzandone il momento attivo, così risolvendo per intero nella dimensione di ciò che è concluso, conduce a una modernità asettica senza memoria.

Non stupisce che l'utilizzazione dello schema storiografico comparativo fondato su 'micromodelli' e aree di 'macrocomparazione', nel dibattito *de jure condendo*, fornisca prove ricorrenti di aporie, incongruenze, tra diritto antico e moderno; ed è evidente, al di là di ogni accanimento dimostrativo, che la dimensione della modernità appaia incompatibile attingendo a taluni spazi tipici e propri dell'antico – la schiavitù ne è prova⁶² –: ma si svele-

⁶¹ T. GIARO, *Diritto*, cit., 143.

⁶² 'Micromodello' di istituti privatistici viene restituito, a titolo di esempio, dalla disposizione della legge Aquilia che equipara gli schiavi ai quadrupedi, disposizione riportata nel commento gaiano all'editto provinciale (Gai 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2.2), o anche dall'opinione giurisprudenziale che equipara gli schiavi agli

e spiegava – visuale che si distingue nella rassegna delle fonti positive dell'idea di progresso – che il punto di connessione che salda i tempi della storia, dunque della storia giuridica, attiene all'alternarsi di 'fasi organiche' e di 'fasi critiche' e che tale alternanza di fasi sostanzia un'idea di perfettibilità infinita coerente al progresso del genere umano. Il passaggio dalle età critiche a quelle organiche va inteso nel segno della necessità e la necessità consente alla storia umana di assumere sembianza definitiva. La progressione comporta difficoltà, talvolta di inaudito rilievo – avverte Comte –, ma le difficoltà sostanziano la progressione: le fasi precedenti preparano le successive, rileva la 'serie storica' e il percorso teleologico tende a cadenzarsi in termini di sviluppo necessario.

Architettura disegnata dal maggior teorico del positivismo suggestiva benché, per vero, scomporre, e ricomporre, secondo fasi orga-

rico in altra accezione, tuttavia: come può ritenersi storica l'ultima fase di una serie storica. Questa, l'ultima fase della serie storica, non trapassa, come ogni altra fase della serie progrediente, che in se stessa. Su aspetti centrali del riflettere comtiano, per tutti, vd. P. ROSSI, *La sociologia positivista e il modello di società organica*, in *Scienza e filosofia della cultura positivista*, a cura di A. Santucci, Milano, 1982, spec. 29 ss.

niche e fasi critiche le scienze umane – qualsiasi scienza dell'uomo, anche la scienza giuridica – è calcare un terreno incerto, fragile, che incide l'accadere storico. Preparare la pura e assoluta modernità relegando ai margini la storia giuridica, il diritto romano, non potrebbe essere 'Destruktion' più ingiustificata e rischiosa.

Il tempo 'sempre è' – insegna Aurelio Agostino nell'undicesimo libro delle *Confessiones* – e qualunque siano le sue scansioni, sarà possibile rilevarne gli aspetti aporetici: di due delle dimensioni del tempo, passato e futuro, non è dato dire che sono *quando et praeteritum iam non est et futurum nondum est*. L'aporia si rivela strutturale alla spazialità del tempo e Agostino avverte che «se il presente non fosse che presente, e una sua parte non scivolasse verso il passato nell'atto in cui un'altra avanza verso il futuro, (si avrebbe) non già il presente, ma piuttosto l'eterno e, la dimensione concreta della temporalità, – quella in ragione della quale le 'parti' del tempo presuppongono ciascuna l'altra – sarebbe per intero perduta»⁵⁸. Può così dirsi che «anche il presente (...), non solo il passato e il futuro, offre un inquieto volto antinomico. Per essere tempo,

⁵⁸ G. SASSO, *Tempo, evento, divenire*, Bologna, 1996, 177.

e poiché è tempo, deve passare, ossia, risolversi nel passato, nel quale in effetti passa e si risolve»⁵⁹.

Ne conseguono esiti importanti.

Riassunta l'analisi intorno ai suoi fulcri – il tema del progresso del diritto e la questione della continuità del diritto nella latitudine della storia, il ruolo della codificazione e l'emergere di una moderna ragione giuridica – appare concettualmente debole il tentativo di tutto smorzare e delimitare al piano della rigida modernità.

Da parte dei fautori del 'cambiamento di prospettiva storiografica' sostenere che, se fossero questi gli spazi di lavoro della neopandettistica, non vi sarebbe che da condividere la «triste fine della sorella maggiore, la prima pandettistica (il cui) compito di edificare un moderno diritto tedesco in base alle pandette di Giustiniano, in apparenza simile, era in realtà assai più facile, perché non si trattava di unificare i vari filoni della tradizione civilistica armonizzandola al contempo con il diritto britannico, ma soltanto di portare a termine il plurisecolare processo della ricezione del diritto romano in Germania»⁶⁰. Al-

⁵⁹ G. SASSO, *Tempo*, cit., 177.

⁶⁰ T. GIARO, *Diritto*, cit., 143.