

EDITORIALE

Teoria e Storia del Diritto Privato *compie nel 2013 il primo quinquennio di attività. Inevitabile è, allora, non tanto un bilancio sul lavoro svolto – in merito al quale il giudizio va doverosamente rimesso ai lettori, mentre da parte nostra vi è soltanto il desiderio di esprimere un accorato ringraziamento agli Autori che, con i loro contributi, hanno dato vita e reale consistenza alla Rivista –, quanto piuttosto una rinnovata riflessione sul progetto culturale posto, nel 2008, alla base del nostro impegno.*

Resta ferma la convinzione che la lettura del fenomeno giuridico attraverso la lente dello storico e del teorico del diritto rappresenti uno dei pochi strumenti veramente efficaci per sottrarre a perniciose visioni nichiliste quell'universo giuridico oggi in rapidissimo – ma quanto mai incerto e faticoso – divenire. Ed è questo un punto su cui, certo non a caso e pressoché contemporaneamente, sono tornati negli ultimi mesi due prestigiosi cultori delle nostre discipline, Andrea Lovato¹ e Leo Peppe².

Lo spunto per l'ennesima, corale revisione critica di tale problematica è stato offerto da alcune dichiarazioni di sconforto espresse nel novembre 2010 da un esponente di spicco della scienza romanistica, Luigi Capogrossi Colognesi, nel corso di un Incontro di studio sul tema 'Diritto romano e formazione del giurista negli anni duemila', svoltosi nell'Università di Roma 'La Sapienza' e che ha avu-

¹ A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, 2012.

² L. PEPPE, *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino, 2012.

to come protagonisti anche Sabino Cassese, Paolo Grossi e Natalino Irti.

Sulla questione dell'impatto del diritto romano sulle nuove generazioni di operatori del diritto, in quella sede non poteva non essere sottoposta a rinnovata verifica la celeberrima metafora di Goethe: con riferimento al ruolo svolto dal diritto romano, con alterne vicende, nell'evoluzione del diritto in età medioevale e moderna, il Poeta, durante una conversazione privata con Eckermann, aveva paragonato il diritto romano a un'anatra che di continuo si immerge fino a sparire nelle acque di una palude, per poi riemergere puntualmente³. Ebbene, da molti anni ormai 'l'anatra non riemerge più', ha assertedo con amara fermezza Luigi Capogrossi Colognesi, dopo avere constatato 'la solitudine'⁴ in cui versano attualmente – e da circa un trentennio – gli storici del diritto, rispetto ai cultori delle varie discipline del diritto vigente.

L'affermazione, inutile negarlo, ha contrariato la maggior parte degli storici del diritto presenti all'Incontro, forse proprio per il nucleo di verità che essa purtroppo conteneva. Ed è stato paradossale che la via d'uscita da questo stato di 'impasse' sia stata prontamente indicata da uno degli interlocutori 'vigentisti', Sabino Cassese⁵. Pur

³ La similitudine cui ricorse Goethe è in J. P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, tr. it di A. Vighiani, Torino, 2008, 265.

⁴ Uso qui un'espressione mutuata dal significativo titolo di una monografia di Pio Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra* [= *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München, 2005], Milano, 2009.

⁵ Le cui osservazioni si possono in dettaglio leggere in S. CASSESE, *L'anatra di Goethe*, in *Index*, 39, 2011, 26 ss.

ci eterogenei. La risposta data dagli Autori che fino ad oggi hanno collaborato alla nostra Rivista e l'elevato numero dei loro lettori hanno dimostrato ancora una volta, ove ce ne fosse stato bisogno, la validità, e quindi la vitalità, del metodo storico-teorico. Come efficacemente ha scritto Andrea Lovato¹⁵, «tra gli incontri che hanno giocato un ruolo nella vita di molte persone, e di molte generazioni, vi è quello con i giuristi romani e con il loro tempo 'perenne': tra queste persone ci siamo anche noi, e ne siamo orgogliosi».

L. S.

¹⁵ *Del buon uso*, cit., 123.

condividendo le valutazioni pessimistiche espresse da Capogrossi Colognesi, l'insigne amministrativista è subito intervenuto per rilevare che se 'l'anatra non vola più', il fatto è imputabile non al diritto romano come materia in sé, bensì ai romanisti, i quali da tempo non fanno più sentire con forza la loro voce sui percorsi storici di questioni attuali, scottanti e irrisolte, quali per esempio il federalismo, i diritti umani fondamentali, la bioetica, il diritto transnazionale unificante e tanto altro ancora, preferendo semmai uno studio del diritto romano in chiave di forzata, o addirittura maldestra, 'attualizzazione'.

È opinione personale di chi scrive che la critica 'tranchant' rivolta agli studi c.d. 'attualizzanti' sia tanto eccessiva quanto aprioristica, considerato l'alto livello di molti di essi. Ma quanto al resto, l'obiezione sollevata da Casse – a nostro avviso – coglie nel segno. E, possiamo rispondere, è proprio con questo 'manifesto' e piano d'azione che Teoria e Storia del Diritto Privato è stata fondata nel 2008, ovvero con l'intento di valorizzare studi sì scientifici (dunque non meramente divulgativi!), ma intesi a 'comunicare' con la società e con gli altri ambiti del sapere. Il tutto, però, con una integrazione che ci era sembrato necessario precisare sin dall'inizio della nostra attività: l'utilità degli studi storico-teorici per la formazione e l'aggiornamento del giurista (teorico e pratico) non è e non deve restare circoscritta alle tematiche che trovino riscontro nei problemi oggi più attuali. Infatti non vi è dubbio che il rimbalzo della formazione storico-teorica debba consistere anche, se non soprattutto, nell'acquisizione di un 'metodo' (di studio, di approccio alle tecniche ermeneutiche, di analisi del caso di specie etc.). Un metodo che, sul versante degli

studi storico-giuridici, si può assimilare soltanto mediante una riflessione profonda sulle tecniche adottate dai giuristi romani, dalle cancellerie imperiali e dai compilatori bizantini; in questa prospettiva, poco rileva se il principio, l'istituto, la categoria giuridica in questione risultino rispondenti o meno a problematiche di diritto vigente.

In definitiva, l'utilità (meglio: la indefettibilità) dello studio storico-teorico del diritto si può individuare in due percorsi diversi, ma tra loro complementari. Il primo è l'assimilazione del metodo che caratterizza la civiltà giuridica occidentale (analisi del caso concreto, tecniche di interpretazione estensiva, richiamo alle 'clausole vuote' etc.), il che non comporta affatto l'oblio delle tematiche non più attuali (per esempio, il regime giuridico della dote), o quelle di cui oggi si discute, ma solo de iure condendo (come non pensare alla valorizzazione dei beni comuni, o alla rivalutazione delle azioni popolari?). E ciò sia perché pure dallo studio storico di istituti oblitterati dagli assetti ordinamentali odierni possono nascere spunti di rilievo pratico, sia perché soltanto l'osservazione dei plurisecolari percorsi del pensiero giuridico, delle ragioni e dei contesti di nascita, sviluppo e declino degli istituti, consente di individuare e comprendere le complesse dinamiche del fenomeno giuridico.

Entrambi gli indirizzi, peraltro, risultano da sempre idonei sia a trattazioni più tecniche, riservate agli specialisti della materia, sia ad elaborazioni atte ad instaurare un dialogo immediato con gli operatori del diritto vigente e con la società colta, qualora si opti per una letteratura di taglio prevalentemente divulgativo, anche se ispirata a pregresse ricerche di genere scientifico. Si pensi, per fare solo qualche esempio tra i tanti possibili nell'ambito degli studi

soft law (la nuova lex mercatoria, le operazioni dei mercati finanziari, il diritto giurisprudenziale, il diritto transnazionale etc.), capace di bypassare, per la sua 'forza', le tradizionali fonti di produzione statuale del diritto e in qualche ambito rispondente ai soli interessi di ristrette, ma potentissime lobby.

Come è evidente, siamo ben lontani dalle prospettive tardo-ottocentesche di Nietzsche, ma le insidie del nichilismo attuale non sono di minore conto e servono urgenti 'ricette' in grado di contrastarlo. Contro i guasti del nichilismo giuridico, Irti propone il 'salvagente della forma'¹⁴ (necessità di osservare le regole procedurali), suggestione senz'altro opportuna e accettabile, purché intesa negli opportuni limiti e con gli specifici contenuti assegnati a tale categoria dall'illustre civilista. Ma a questo 'antidoto', senza dubbio salvifico nelle aule dei tribunali e negli altri luoghi deputati a funzioni decisionali, sul piano della formazione e del 'nutrimento' quotidiano del giurista e del suo pensiero, del suo orientamento morale e metodologico, non può non affiancarsi un altro sussidio: il 'salvagente' della comprensione storica e teorica del diritto.

Di un diritto deprivato della sua storia e dei suoi profili teorici resterebbe ben poca cosa, ovvero un dato decontestualizzato e transeunte, esposto a forte rischio di incomprendimento e cattiva applicazione da parte di interpreti i quali, posti – come oggi sono – di fronte a una vasta 'rete' di fonti non più disposte in ordinata gerarchia, risulterebbero impreparati a un compito che diviene ogni giorno più difficile, per il progressivo accumularsi di materiali giuridi-

¹⁴ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

gente: non si metteva in discussione l'utilità dello studio del diritto romano (si pensi al grandioso contributo di Umanisti e Culti, che di certo non negavano l'autorevolezza intrinseca dell'esperienza giuridica romana), se ne respingeva soltanto l'applicazione nelle aule dei tribunali. Ciò che invece nasceva nella metà dell'Ottocento con Nietzsche era un tentativo di svalutazione della storia 'tout court', poi declinatosi in svariate correnti.

Nelle realtà odierne, l'idea nichilista applicata alla sfera giuridica e alla sua storia (scil. affievolimento della base valoriale, con conseguente assenza di una finalità ultima, che orienti contenuti e percorsi del diritto) si inquadra in scenari completamente eterogenei e si riempie di contenuti ben più complessi di quelli che si potevano intravedere nel XIX secolo¹⁰. Già altrove¹¹ ho avuto occasione di esprimermi in merito al 'nichilismo giuridico' postmoderno, cui Natalino Irti ha dedicato acute riflessioni, sottoposte a puntuale revisione critica da parte di Antonio Guarino¹² e di Filippo Gallo¹³. Principali elementi e sintomi dell'attuale situazione di 'nichilismo giuridico' sarebbero soprattutto, nell'analisi di Irti, l'ipertrofia dell'ordinamento, a fronte di una allarmante e singolare transitorietà dell'efficacia delle leggi, e l'affermazione prepotente di un

¹⁰ V. in partic. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

¹¹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II, Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne*, 2° ed., Torino, 2010, 271 ss.

¹² A. GUARINO, *Il nulla e il quotidiano dei giuristi*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano, 2010, 223 ss.

¹³ F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, ora in *Riv. dir. civ.*, 53, 2007, I, 19 ss.

dell'ultimo secolo, alle incommensurabili ricadute pratiche di massima parte della immensa produzione di Antonio Guarino e di Giovanni Pugliese, o di recentissimi fenomeni editoriali, quali quelli riconducibili ad alcune monografie di Aldo Schiavone o ai corposi risultati dei lavori collettivi guidati da Luigi Garofalo: si tratta di contributi che, per quanto personalmente mi consta, hanno ottimamente 'informato', ma soprattutto 'formato' al metodo storico-teorico intere generazioni di magistrati, avvocati, notai. E ancora, si pensi all'enorme ricaduta pratica delle sperimentazioni didattiche e delle ricerche guidate da Pierangelo Catalano, Sandro Schipani, Aldo Petrucci e Riccardo Cardilli, alle quali va ascritto il merito di avere inciso profondamente sulla riformulazione degli ordinamenti giuridici cinese e latino-americani.

Ebbene, in buona parte di tale letteratura (e delle lezioni accademiche e conferenze divulgative ad essa collegate), si sono affrontati (con approccio più o meno tecnico, in considerazione dei destinatari) anche istituti ormai obsoleti o opere giuridiche concretamente inutilizzabili ai fini dell'odierna applicazione pratica del diritto; eppure, lo studio attento delle vicende evolutive di categorie e figure giuridiche del passato, o delle tecniche del pensiero giurisprudenziale, o delle tecniche legislative di età imperiale, è poi risultato fecondo nella pratica, insegnando tra l'altro come impostare in modo corretto ed esaustivo l'analisi del caso concreto (tema attualissimo in Italia, nell'ambito del recente dibattito sul valore del precedente), a quali valori informare la normazione o l'attività decisoria dei giudici, come delimitare l'ambito di utilizzo delle c.d. formule vuote (buona fede, equità).

Resta da chiedersi perché, di fronte a tali evidenze, continui a serpeggiare un atteggiamento perplessa – o persino oppositivo – circa il valore delle discipline storico-teoriche nella formazione del giurista. Quanti ancora oggi agitano dubbi sull'utilità dello studio storico-teorico del diritto si richiamano, in maniera più o meno esplicita o consapevole, agli ormai classici movimenti di contestazione dell'utilità delle discipline storiche in senso generale⁶. A tutti i cultori delle scienze sociali è ben noto che la questione relativa alla dubbia utilità della storia (e per conseguenza anche della storia del diritto) si è agitata su sempre più vasta scala a partire dal 1874, anno in cui F. Nietzsche pubblicava il saggio, dal titolo assai significativo e provocatorio, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*⁷. La storia vi veniva rappresentata come un lusso, una pur «preziosa superfluità di conoscenza», ma posta agli antipodi di ciò che è utile e necessario. La tesi del filosofo diventava poi marcatamente antistorica nel punto in cui la memoria del passato veniva incolpata di opprimere l'uomo senza peraltro produrgli alcun vantaggio: meglio, allora, vivere inconsapevolmente, cioè ignorando la propria storia. Nell'elogio della inconsapevolezza, cioè di una vita vissuta senza memoria delle proprie radici, si manifestava

⁶ Si l. soprattutto D. NÖRR, *Sulla utilità e gli svantaggi della storia del diritto per la vita, ovvero: un romanista si sottopone al test di Nietzsche*, in Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo, *Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, 73 ss.

⁷ F. NIETZSCHE, *Unzeitgemässe Betrachtungen, Zweites Stück: Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*, Leipzig, 1874 (tr. it. di S. Giannetta, da cui cito, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, 8° ed., Milano, 1990).

in pieno l'opzione nichilista nietzschiana, che tuttavia veniva consigliata dall'Autore soltanto all'uomo comune: l'utilità della storia era infatti pienamente riconosciuta, dal Filosofo, per i modelli che essa era in grado di offrire all'uomo «attivo e potente», impegnato nel combattimento di grandi battaglie sociali e politiche⁸.

Su questa netta discriminazione di taglio aristocratico (inutilità delle discipline storiche per il popolo, utilità delle stesse per personalità di spicco) occorre – a nostro avviso – appuntare maggiormente l'attenzione, per ricondurre alla sua originaria portata la lezione nietzschiana: il Filosofo non negava affatto la validità di una formazione culturale di tipo storico, ne escludeva solo l'opportunità per l'uomo comune, non destinato a compiere gesta di rilievo. Ma, oggi, l'ottica tutta aristocratica da cui muoveva Nietzsche più che inaccettabile ci si prospetta come antistorica, ove si consideri che Internet ha ormai, di fatto, trasformato la cultura da 'bene elitario' – quale esso era stato fino alla metà del secolo scorso – in 'bene comune' o 'globale', portando a compimento, in breve tempo, un processo di democratizzazione della conoscenza⁹.

E allora, quale significato assegnare oggi all'atteggiamento – parzialmente – antistorico di Nietzsche, e al suo precipitato in ambito giuridico? Nel 1874 l'avversione al diritto romano non costituiva di certo una novità per l'Europa, ma prima di Nietzsche esso si era manifestato come semplice rifiuto dello *ius commune* (diritto romano e tradizione romanistica) quale diritto vi-

⁸ *Sull'utilità*, cit., 3-17.

⁹ Sul punto v. ora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 15 e *passim*.