

CENTRO DI STUDI ROMANISTICI VINCENZO ARANGIO-RUIZ

OPVSCVLA

XIII

UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II



OPVSCVLA

XIII

a cura del Dott. Alessandro Adamo

che qualcuno di noi ha confessato che, ove mai fosse tentato da una citazione di seconda mano, solo delle citazioni di Bretone si fiderebbe.

Però posso e debbo manifestare, personalmente ed a nome del Consiglio direttivo, il compiacimento per la gioia con cui egli, appena ha potuto, è venuto ad esporci esiti di sue incessanti ricerche. Appena ha potuto: infatti, ha detto di sì già da un anno circa; ma posso essere testimone che individuare la data è stato difficilissimo, giacché quando è libero dai suoi impegni d'insegnamento, che non trascura mai, ha già prenotati incontri, relazioni, conferenze ora a Colonia, altra volta alla fondazione Goethe a Klingenthal in Alsazia, e poi a Bielefeld, e così via. Se lo contendono Istituti giuridici e Facoltà di Lettere e filosofia. Ora, tra qualche giorno, dovrà recarsi in Svizzera, assieme al nostro Aldo Mazzacane.

Vi andrà a relazionare e discutere su un tema che gli è caro, che, per un segmento, esaminerà anche con noi oggi: il diritto romano è storia, ed allora quale significato assume per la tradizione giuridica europea? La «mente d'Europa», come ogni mente, «cambia», anche se «il suo mutare è uno sviluppo che non abbandona nulla per strada». Ma ripercorrere la tradizione, come lo storico deve fare, non significa muoversi lungo un rettilineo. Il filo s'è spezzato in più punti.

Napoli, 12 aprile 1996

Vincenzo Giuffrè
direttore

Mario Bretone

La 'coscienza ironica' della romanistica

1. Capita anche a uno storico del diritto antico, a un romanista-antiquario, di trascorrere un poco del suo tempo in compagnia di Donello e dei suoi *Commentarii de iure civili*, forse consultandoli nella splendida edizione di Lucca degli anni fra il 1762 e il 1764, che Savigny esaltava nel suo corso marburghese sulla metodologia giuridica. Ecco quali frasi vi leggiamo, all'inizio del primo dei ventotto libri che li compongono:

Nec me hic auctoritas aut Iuliani, aut adeo Iustiniani Imperatoris quidquam moverit. Ut enim verba bona, eorumque significationem Iustinianus, quamvis Princeps, mutare non potuit, quae usu populi constant, non cuiusquam arbitrio, aut voluntate: sic nec efficere, ut non sit certa methodus ea, quam natura ipsa rerum, et cohaerentia praescribit. A principibus est auctoritas iuris: a peritis, et intelligentibus via, et recta ratio docendi.

Donello vuole costruire, con i vecchi materiali, un sistema nuovo, applicando alla «selva degli argomenti» la sua arte dialettica. Ha piena coscienza della novità della sua opera e lo dichiara. Esaminando uno dopo l'altro i capitoli che formano il primo libro, là dove si determina il valore di *ius* come «ordinamento» e come «diritto soggettivo», noi ci avventuriamo in un campo logico e semantico che non si trova, così definito, in nessuna parte della Compilazione giustiniana; e che mai troveremmo nelle opere di Paolo o di Ulpiano, o di qualunque altro giurista loro predecessore o contemporaneo, anche se avessimo la fortuna di leggerle per intero. Quel campo logico e semantico, Donello lo definiva ora per la prima volta, e con un rigore estremo, rispetto alla tradizione antica e medievale. La critica umanistica, spezzando il dogma dell'autorità del testo legislativo, gli aveva aperto la strada. Sul terreno dei concetti e delle categorie, l'autorità doveva cedere il posto alla ragione e al «metodo». Donello ne era convinto. Ogni legislatore si muove sempre fra due confini invalicabili. Il primo è nella stessa lingua di cui si serve: egli non può mutare il significato delle parole, così come si è costituito nel tempo. Il

Donello, e dopo la rivoluzione scientifica galileiana, Thomas Hobbes dà voce alla filosofia stoica ed epicurea nella sua teoria delle passioni, ma trasformandola e, in definitiva, rifiutandola, e costruisce la sua idea del diritto (ben diversa da quella di Donello) in un contrasto palese o sotterraneo con la *Politica* di Aristotele¹ (un libro che era anche nella biblioteca di Velázquez, ma in secondo piano rispetto agli scritti di matematica e di meccanica, di anatomia, di architettura e di arte militare).

2. A questo punto vorrei formulare alcuni interrogativi, che riguardano la ricerca giuridico-antichistica, la sola in cui io abbia accumulato, nel corso degli anni, una qualche esperienza. Per farlo, devo ritornare sul termine *ius*. Le varie figure che Donello raccoglieva nella nozione di *ius* come «*facultas et potestas iure tributa*», o (noi possiamo dire) come «diritto soggettivo», avevano nel pensiero giuridico romano-classico uno statuto diverso. Beninteso, non è che vi sia ignorato il momento della facoltà o del potere. Ma il centro è altrove. La storia del *dominium*, il quale si confonde (come si suole dire) con la cosa che ne è l'oggetto, è istruttiva. D'altra parte, l'*usus fructus* e la *servitus*, non meno della *hereditas* o dell'*obligatio* (l'elenco non è esaustivo), si presentano come *res*, sono *res incorporales*. Si distinguono dalle *res corporales*, ma rientrano, insieme con loro, nella generale categoria delle cose. Intercede, fra le une e le altre, un'eguaglianza e una differenza. La distinzione fra *res corporales* e *res incorporales*, nella sua portata sistematica, può anche dirsi «gaiana», in quanto è in Gaio, e nel filone scolastico che fa capo a lui, che ci è dato riscontrarla. Ma il concetto di *res incorporalis*, come schema rappresentativo per il diritto e come strumento ermeneutico-costruttivo, è molto più antico: ha già una lunga storia alle spalle, quando il maestro antonino comincia a scrivere le sue *Institutiones*. Si può risalire molto probabilmente a Q. Mucio Scevola. Sarà variamente operante, questo concetto, nella giurisprudenza dei primi secoli dell'Impero; lo sarà anche dopo, nell'ultima epoca classica, e, con modulazioni diverse, lungo l'Impero tardo, fra Occidente e Oriente. Lo accolgono la legislazione e la prassi; ritorna nei codici giustiniani e acquista un'energia nuova nella letteratura scolastica e scoliastica dei giuristi bizantini.

Le *res incorporales* compongono un proprio universo, che si

modella, in qualche maniera, su quello fisico. Si badi bene. Verso il mondo che diciamo reale, — il mondo che potremmo semplicemente chiamare la «vita», se usassimo ancora il vocabolario di Jhering, — la coscienza giuridica antica prende le distanze. Ma fino a un certo punto. Essa opera in modo imitativo e analogico. Si direbbe che il diritto, nella sua riconosciuta autonomia, voglia rappresentare se stesso come una duplicazione. Ma non dobbiamo fermarci qui. Duplicare il mondo non significa ancora definirlo, né come originale né come copia. La giurisprudenza romana ne è consapevole. Per definire la *hereditas* o l'*usus fructus*, o l'*obligatio*, essa deve scavare dentro l'immagine della *res incorporalis*, riducendola al suo valore metaforico. Le *res incorporales* sono *notiones*. Ma ogni *notio* è un'anticipazione cognitiva che ha bisogno di uno sviluppo. Questo sviluppo le è assicurato dalla *definitio*; la quale sposta la *notio* sul terreno discorsivo e analitico-argomentativo. Ora su questo terreno, che è proprio della *definitio* e non della *notio*, si isolano i diversi profili della *res incorporalis*. Ne emerge, quando è necessario, il momento soggettivo. Ma rimane fermo che l'unificazione teorica dell'esperienza è affidata alla cosa e non al soggetto. Il soggetto non costituisce il centro, come in Donello o in Savigny.

Come mai? La romanistica non è andata veramente al fondo di questa domanda. Per rispondervi, non si può separare la giurisprudenza dalle altre forme del sapere e della cultura. Bisogna seguire la riflessione stoica sui *so-mata* e sugli *aso-mata*, e confrontarla con l'indirizzo platonico e aristotelico, e con quello epicureo; non fermarsi a Cicerone e a Seneca, o a Plutarco, ma leggere Filone di Alessandria, e poi Plotino e Alessandro di Afrodisia, sino a Proclo, ad Ammonio e a Simplicio. Bisogna correre il rischio di perdersi nel continuo gioco di specchi della critica scettica e nel naufragio metafisico che essa produce. È necessario affrontare il problema della *se-mantike- phone-* e del *lektion*, senza chiudere gli occhi sugli studi grammaticali, da Dionisio Trace, contemporaneo di Q. Mucio Scevola, a Elio Donato e a Flavio Carisio, a Diomedes, Dositeo e l'Anonimo Bobiense, che seguono di uno o due secoli Papiniano e Ulpiano².

Con il diritto soggettivo e la teoria delle cose, ho solo proposto un esempio. Se ne possono fare degli altri, e anche scegliere, come vedremo, un orizzonte meno limitato. Fermiamoci intanto

sul contratto. Nella materia contrattuale si manifesta meglio che altrove, — così è stato detto³, — il carattere del diritto romano come «diritto intrinsecamente dinamico». È anche la mia opinione. Ma in che modo questo movimento si produce? La definizione labeoniana del *contractus* (o *contractum*) ci è nota⁴. La sua lunga storia nel pensiero giuridico moderno comincia, nella prima metà del sedicesimo secolo, con François Connan e i suoi *Commentarii*; ma qualcuno tenta, ancora oggi, di svalutarla, o di ridurla a un dettaglio irrilevante, forse non dovuto alla mano del maestro augusteo⁵; o addirittura la esclude dal proprio campo di osservazione, come in un recente studio comparatistico dedicato al contratto nel diritto romano e inglese⁶. Quella definizione è invece il «granello di sabbia» in cui (per dirla con William Blake) si può «vedere il mondo». Anzitutto, io non credo che essa dia voce all'idea del contratto come «accordo»; essa individua piuttosto il vincolo obbligatorio reciproco e l'atto convenzionale che lo costituisce (Emilio Betti lo ha mostrato a suo tempo, ma occorre andare oltre i limiti della sua ricerca)⁷. In secondo luogo, la definizione non rimane inoperante. Non solo raccoglie figure tipiche consolidate come l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*; ma si comporta come uno strumento euristico, permette di riconoscere altri negozi della prassi, reclamandone la tutela secondo un criterio di coerenza dogmatica. In terzo luogo, la definizione labeoniana è in grado di riconoscere (dirò così) se stessa come provvisoria, solo un momento di una più estesa operazione logico-semantiche. Nulla di più lontano, in altre parole, da una mentalità dogmatico-concettualistica, che disegna rigidamente i contorni degli istituti.

Il definire costituiva per Labeone, ha osservato Wolfgang Kunkel, «la sua predilezione e la sua forza». Quale strategia argomentativa lo sostiene? Non deve sorprendere, se, per capire la sua definizione del contratto, spingiamo la nostra analisi (come a me è accaduto di fare altrove⁸) in altri campi, che dal contratto sono molto lontani; e ci occupiamo, per esempio, di ciò che è «contro natura» e di *phantasmata*, e della distinzione in *genera* degli *ostenta*⁹. Si tratta di procedure teoricamente fondate, e ampiamente adoperate nelle scienze ellenistiche: fra le quali, dopo un lungo cammino, la giurisprudenza romana si colloca, nonostante il suo consapevole e risaputo tradizionalismo.

Tutto questo, però, non basta. Qual è il rapporto della giuri-

sprudenza con l'attività normativa pretoria? Riusciamo a comprendere l'una e l'altra, e il nesso che corre tra loro, dimenticando o trascurando il carattere aristocratico della società romana, la distribuzione del potere al suo interno e il modo come si svolge la vita pubblica¹⁰? Non c'è dubbio. Cercheremo di non perdere di vista l'intero quadro storico, anche quando ci interessa, del vasto oceano di leibniziana memoria, solo un granello di sabbia.

3. Dicevo che possiamo scegliere un orizzonte più ampio. Niente ci impedisce di dirigere lo sguardo al diritto privato nel suo insieme: proprio la sua scoperta, osservò Jhering, è dovuta al mondo romano e alla sua «prosaica» intelligenza.

In una celebre arringa, pronunciata da Cicerone dinanzi al collegio dei recuperatori, in favore del volterrano Aulo Cecina, il diritto privato riceve, forse, il più splendido elogio della sua storia millenaria: il diritto privato, e l'ordinamento cittadino che lo include. La politica non può intaccarlo o alterarlo; con tutta la sua forza, non è in grado di «muovere un dito». Essa può corrompere i giudici, per mezzo del danaro o in altro modo, può manipolare la singola causa falsificando i documenti o subornando i testimoni, rappresentando i fatti diversamente da come si sono svolti; ma non può mutare, con un mero atto di arbitrio, il diritto costituito. Eluso, dimenticato, trasgredito da coloro che avrebbero dovuto applicarlo, il *ius civile* resta integro nella sua validità, pronto ad esercitare la sua efficacia, quando uomini meno corrivi alle lusinghe e alle intimidazioni del potere sapranno adempiere con scrupolo il loro compito¹¹. Ma per esistere deve «isolarsi» come una zona distinta dell'esperienza pratica, dove i conflitti si obiettivano e si risolvono (o tendono a risolversi), e gli interessi in gioco trovano il loro riconoscimento e la loro tutela. Ogni rapporto riceve la sua definizione formale. Questo formalismo è costitutivo per il diritto. Ciò non toglie che, come Cicerone sapeva benissimo, le norme si riconducano, nei loro contenuti, a scelte politiche (nel senso più ampio della parola). Esse mutano nel corso del tempo. Hanno anche bisogno di una *interpretatio*: sia quando trovano, sia quando non trovano la loro formulazione in un testo scritto.

O rem praeclaram vobisque ob hoc retinendam, recuperatores! Quod enim est ius civile? Quod neque inflecti gratia neque perfringi potentia adulterari pecunia possit; quod si non modo oppressum

sed etiam desertum aut negligentius adservatum erit, nihil est quod quisquam sese habere certum aut a patre accepturum aut relicturum liberis arbitretur. Quid enim refert aedis aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est, quae nunc tua iure mancipi sint, ea possisne retinere, si parum est communitum ius civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest? quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt? Mihi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab eis a quibus illa ipsa nobis relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur. Quapropter non minus diligenter ea quae a maioribus accepistis, publica patrimonium iuris quam privatae rei vestrae retinere debetis, non solum quod haec iure civili saepta sunt verum etiam quod patrimonium unius incommodo dimittetur, ius amitti non potest sine magno incommodo civitatis¹².

In questa pagina, ogni parola ha il suo rilievo. Vi sono sfumature che devono essere colte. Il *ius civile* ora si contrappone alla *lex publica* (qualunque lettore, o ascoltatore, sarebbe riandato con la mente alla legge delle XII tavole), ora la ricomprende dentro di sé o si identifica quasi con essa. Nel primo profilo, che è il più interessante per noi, la *lex* svolge una funzione confermativa e protettiva¹³. L'ambito del *ius civile* si restringe. Emerge in superficie uno strato giuridico antichissimo, prelegislativo: il diritto privato come un insieme di rapporti, dirò con Gustav Hugo, anteriori all'«autorità che è al di sopra di loro». Il testamento vi occupa il massimo spazio. Fra il testamento, l'atto fondamentale del *pater familias*, e la legge, l'atto fondamentale della *civitas*, un confronto appare possibile e non viene taciuto. Ma non vi sono solo gli atti e i negozi; vi sono le cose, che formano la nostra «fortuna», e di cui si deve garantire l'appartenenza indisturbata.

Il diritto rivendica la sua autonomia. Fuori dagli orpelli retorici, è questa verità che viene alla luce; ma non è una verità sempli-

ce. In che senso parliamo di autonomia del diritto? Le pagine di Jhering su questo tema non hanno ancora perduto la loro attrattiva. Solo separandosi dalla vita, il diritto avrebbe reso possibile, in modo non illusorio, la libertà, evitandone il suicidio. Né era compito suo regolare ogni ambito dell'esistenza: il bene, il bello, la religione non ne avevano bisogno. Se il diritto fosse penetrato dovunque, l'individuo sarebbe divenuto un «automa» o una «macchina». Più di un secolo dopo Jhering, il problema è ancora vivo per noi. Intanto, si può essere più precisi, e dire l'autonomia del diritto un'autonomia relativa, prendendo in prestito da Richard Lepert questa formulazione: l'autonomia relativa di un sistema giuridico indica il grado che esso ha raggiunto nell'osservare se stesso «piuttosto che gli standards di qualche sistema esterno, — sociale, politico o etico, — intesi come guida nel produrre o nell'applicare il diritto». Le cose però non si fermano qui, anche se abbiamo fatto un passo avanti. Niklas Luhmann apprezza la formula di Lepert, ma insiste da parte sua su un punto: il sistema giuridico compie un'operazione interna, sia quando osserva se stesso sia quando osserva il suo «ambiente» (Umwelt); se quest'ultimo assume rilievo nei suoi standards, piuttosto che nei suoi dati empirico-fattuali, una legittimazione interna al sistema appare sempre necessaria.

Il *ius civile* romano, come fenomeno autonomo, richiede dunque un'attenzione non superficiale. Una domanda da porsi è la seguente: quali standards vi operano? È tutt'altro che raro incontrare, nelle pieghe del discorso tecnico, valutazioni etiche e persuasioni ontologiche, sino all'idea di una ragione naturale e di un ordine razionale del mondo. Come vi agiscono? Si potrebbe dire che occorre una loro legittimazione interna, o è vero proprio il contrario, e il *ius civile* si legittima in un ordine più vasto che lo include? Non credo che il romanista debba fermarsi a mezza strada in una simile ricerca; la quale inevitabilmente lo trascina sul terreno metapositivo, ben oltre il tecnicismo che gli è familiare.

4. Il romanista-antiquario dedica alle fonti antiche buona parte del suo tempo, e, qualche volta, la sua intera persona. Naturalmente, il consiglio di Jacob Burckhardt vale anche per lui: bisogna evitare il «pericolo di fossilizzarsi», occupandosi troppo a lungo di cose omogenee e di interesse limitato. Nel formularlo, Burckhardt pensava al suo contemporaneo Henry Thomas Buckle; il quale

aveva pubblicato i primi due volumi della *History of Civilization in England*, che di volumi doveva contarne quattordici; ma si era preso, ancora giovane, la sua paralisi cerebrale «a causa delle prediche scozzesi del XVII e XVIII secolo». Questa era almeno l'opinione di Burckhardt.

Tra le fonti antiche, la letteratura giuridica è in primo piano. Come quella medievale e moderna, non ci è estranea. Le opere che la costituiscono si offrono alla nostra comprensione, e noi possiamo acquistare familiarità con loro. Le lingue in cui sono scritte, si continua fortunatamente a studiarle, in Europa e nel mondo. Non ci è estranea, la letteratura giuridica antica, come non lo è quella retorica, grammaticale o filosofica, storica o poetica, e quella di tecnica agricola, medicina, architettura e storia naturale; ma è, allo stesso modo, abbastanza lontana da noi per condurci in un'altra atmosfera, per farci intendere in quale misura siamo cambiati. Dicevo che essa si offre alla nostra comprensione; ma questo è vero solo fino a un certo punto. Non possiamo pretendere di comprenderla senza alcuna o con poca fatica. Su un punto saremo tutti d'accordo. Il linguaggio giuridico, di qualunque epoca sia, esige una particolare competenza e sensibilità perché venga inteso. Nessuno deve mai dimenticare che il diritto, almeno nella storia dell'Occidente, si presenta come un fenomeno tecnico, con i suoi esperti e «funzionari»; ai quali non bastò, per compiere il loro lavoro, una generica sensibilità verso il proprio tempo: così come una sensibilità generica non bastò ai costruttori delle cattedrali gotiche, che dovettero fare appello alle loro conoscenze matematiche quando tesero, incrociandole, le nervature di pietra delle volte¹⁴. È superfluo che io ricordi le pagine di Jhering sul dialogo che i giuristi, come giuristi, conducono tra loro, da una generazione all'altra, da un'epoca all'altra, e sulla barriera che invece li divide, molto spesso, dai profani loro contemporanei. Allo storico del diritto occorre «una personalità di ricercatore originale e specifica»¹⁵. Quello che non gli si può chiedere, almeno secondo me, è di operare come un giurista pratico o di professione, nei diversi luoghi in cui si formano o si interpretano o si applicano le norme. Se vuole, e sa farlo, lo faccia, e assolverà un compito sicuramente utile per la costruzione del mondo nel quale viviamo; rimane fermo però che il suo mestiere è un altro.

Non basta, infatti, essere un giurista per essere anche uno sto-

rico del diritto antico. Immaginiamolo, dunque, questo storico, alle prese con Celso o Giuliano, o Papiniano. Non sono gli antichi giureconsulti i suoi interlocutori privilegiati? Un testo giuridico-letterario, come ogni altro testo di qualunque letteratura, richiede il massimo impegno filologico ed ermeneutico per una comprensione profonda. Bisogna considerarlo in se stesso; dentro la singola opera che lo contiene e che talvolta (o di solito) non è un'opera chiusa o finita; nell'intera produzione del suo autore; come momento di un genere, se questo genere è formalmente definibile; nel quadro delle convenzioni linguistiche della sua epoca. L'uso di una parola, ha osservato George Steiner, risveglia «gli echi di tutta la sua storia precedente», perché la temporalità è intrinseca a ogni atto linguistico e a ogni forma semantica. Questo vale anche per un testo giuridico. Si incontrano in un testo giuridico, come in ogni altro testo letterario, espressioni simboliche o allusive, metaforiche e contrappuntistiche. Vi sono parole che sembrano trovare immediatamente un riscontro attuale (penso di nuovo al vocabolo *res*, o a *ius*), ma che, a un esame approfondito, si dimostrano meno arrendevoli nella loro estrema polisemia, e oscillano fra l'impiego empirico-pragmatico e la sublimazione metafisica. Solo ampliando la nostra ricerca, e facendo reagire l'uno sull'altro piani diversi, è possibile coglierne la reale portata. Bisogna muoversi, dirò così, su una linea orizzontale o sincronica, scavando nella cultura di un'epoca, piuttosto che lungo una traiettoria dove passato e presente si danno la mano con facilità eccessiva, e gli articoli del BGB o del Code civil sembrano nient'altro che la traduzione, ora più ora meno fedele, delle fonti antiche.

È chiaro che io condivido la persuasione che la domanda tradizionale circa il significato di un testo sia una domanda valida e rilevante, e che il nichilismo interpretativo poststrutturalistico vada respinto come un infelice episodio o una cattiva avventura del pensiero. Ma non è su questo che ora vorrei insistere, né vi sono (che io sappia) nella romanistica tentazioni simili. Un fenomeno letterario non si esaurisce in se stesso. Tra un fenomeno letterario e il mondo, c'è una relazione, e il mondo ci interessa non meno della letteratura. Mondo è anche l'economia. Lo è la società nella quale la giurisprudenza romana vive e agisce. Non si può ignorare la fisionomia sociale della giurisprudenza, neanche quando la studiamo come fenomeno letterario. Münzer e Kunkel non hanno perso il loro tem-

po, ed ha trovato fortunatamente ascolto la lezione sociologica di Max Weber. Un ceto di notabili, che doveva poi cedere il posto a una burocrazia, crea a poco a poco una tecnica o un'«arte» e la adopera come strumento di controllo sociale e di governo.

5. Se lo osserviamo in questa luce, lo studio del diritto romano è una disciplina storico-antichistica. L'indirizzo a cui si è dato il nome di «neopandettismo», non è disposto a riconoscerlo, anzi si scandalizza di una tale qualifica. Se ne scandalizza, perché il suo intento è la eliminazione della «Historisierung» dalla storia giuridica, o una sua riduzione sino all'irrelevanza. Questo era già accaduto cinquant'anni fa, in un libro famoso. Si potrebbe dire che la «Historisierung», dal punto di vista neopandettistico, ha esercitato ed esercita, sul diritto romano, o sul suo spirito, un «influsso distruttivo», coma la filologia sulla Bibbia, secondo il rimprovero che Novalis moveva a Lutero. Una cosa più di ogni altra sta a cuore al neopandettismo: restaurare il nesso, che si è interrotto o indebolito con il compiersi della vicenda codificatoria negli stati nazionali moderni, fra storia del diritto e dogmatica, comparazione giuridica e diritto europeo. Tutto questo in una prospettiva organicistica di derivazione savigniana¹⁶.

Quale senso assume, in un quadro simile, l'incontro con un'opera giuridica antica? Io mi domando se la *Palingenesia* di Lenel debba trovare ancora posto sul nostro tavolo di lavoro; o non sia destinata (così ragionando) a coprirsi presto di polvere, insieme con le grandi opere giuridico-filologiche apparse in quella splendida stagione costituita dagli ultimi venti o trent'anni del secolo scorso e dai primi decenni del nostro secolo. Comunque sia, il neoromanista, — il quale al futuro non sa se rivolgere il viso o piuttosto le spalle, come l'angelo amato da Scholem e da Benjamin, — vorrebbe comportarsi con uno scritto classico in modo non molto diverso che con un testo normativo odierno. Dico: vorrebbe, perché egli, per mia o nostra fortuna, sa anche tradire se stesso. Egli spera di coglierne il pensiero, — quel pensiero determinato che per lui ha importanza, — attraverso una più o meno avvertita forzatura. La quale consiste nel costringerne spesso il contenuto entro gli schemi e i paradigmi propri dell'interprete. Questi paradigmi si comportano come essenze o verità durevoli, categorie eterne, piuttosto che come meri strumenti euristici di

un'operazione storico-ermeneutica il cui esito dovrebbe essere (per definizione) imprevedibile. Il fine che il neopandettismo persegue non è, se si guarda bene, la comprensione storica, ma la custodia o la ripresa di una tradizione, il riconoscimento della sua continuità millenaria, reale o fittizia che sia. Quel che conta è il «nucleo dogmatico-scolastico» della romanistica, assediato ma non intaccato da umanismi, storicismi e relativismi di vario genere¹⁷; conta solo ciò che è servito e serve al nostro presente e al nostro futuro¹⁸. Perciò si procede in modo aprioristico nella selezione dei dati¹⁹, ripercorrendo a ritroso lo svolgersi degli istituti che ancora esistono e (si pensa) continueranno a riprodursi nel diritto o nei diritti contemporanei²⁰. Ogni altro interesse o curiosità conoscitiva avrebbe un valore solo antiquario o archeologico, sarebbe una palla al piede o un anacronismo. Si dimentica troppo presto che il «valore in sé» di una cultura non deve essere mai confuso con il perdurare della sua efficacia. Quanto avvertiva Max Weber, in una memorabile polemica con Eduard Meyer, non può essere trascurato o ignorato. «È certamente giusto», notava Weber quasi un secolo fa, «che ogni 'storia' sia scritta dal punto di vista del presente e dei suoi interessi di valore (Wertinteressen), e che ogni presente ponga o almeno possa porre nuove questioni al materiale storico, perché muta appunto il suo interesse guidato da idee di valore». Tuttavia proprio questo interesse, aggiungeva Weber, «valuta», e costituisce in 'individui' storici, anche elementi culturali che sono senz'altro 'passati', ossia elementi a cui è impossibile riportare, nel regresso causale, un elemento culturale del presente». Questo si vede in piccolo, — così Weber esemplificava il suo discorso, — con le lettere di Goethe a Charlotte von Stein, e, in grande, con «quegli elementi della cultura ellenica alla cui influenza la cultura contemporanea si è, da molto tempo, sottratta».

Vorrei osservare le cose da un altro angolo, e non essere frainteso. Il neopandettismo cerca, a suo modo, di muoversi in sintonia con il nostro tempo, e nessuno dovrebbe criticarlo per questo. Lo affascina la vocazione universalistica della scienza giuridica e della prassi nella cornice della Comunità Europea, o di un'Europa unita ancora di là da venire; mette in guardia contro la fiducia eccessiva nella legge come strumento di unificazione, ma non chiude gli occhi su eventi che sembrano ispirati da essa, come la ripresa codificatoria nell'uno o nell'altro stato, in Europa o nel mondo²¹. Io so-

no pronto ad ammettere che vi sono momenti nella storia di una civiltà, in cui un fenomeno concreto, o una concreta esperienza, abbandona la sua concretezza ed entra in una sfera di valori universali. Per il diritto romano, non sarebbe la prima volta. Ma questo non accade mai, è bene ricordarlo, senza un minimo di illusione ottica o uditiva.

The voice I hear this passing night was heard
In ancient days by emperor and clown.

C'è un'illusione ottica o uditiva anche alla base del neopandettismo. Si può coltivarla, ma non si può pretendere di fare storia coltivandola. La storia è un'altra cosa, anche se non vi è un solo modello storiografico. Certo, perfino il neopandettismo riconosce che i concetti giuridici non restano sempre uguali a se stessi; ma essi cambiano, per il neopandettismo, in un senso che si direbbe biologico; nascono e invecchiano, muoiono e rinascono, magari in un'altra forma, ma secondo una genealogia riconoscibile. Godono, si potrebbe dire, di «tutta la immortalità» della loro specie. Come i gatti di Schopenhauer. «So bene», — scriveva il filosofo, negli anni in cui Savigny veniva pubblicando il suo *Sistema*, — «so bene che se io sostenessi seriamente che il gatto, proprio quel gatto che ora sta giocando in cortile, è ancora lo stesso gatto che, trecento anni fa, saltava e giocava in quel luogo, sarei considerato un folle; ma so anche che sarebbe molto più folle credere che il gatto di oggi sia interamente e radicalmente un altro rispetto a quello di trecento anni fa». I concetti però non sono gatti o altri animali simili.

Una storiografia, dunque, senza «Historisierung». Nella «Historisierung» si intravede un pericolo, perché essa mette in questione (e come potrebbe non farlo?) ogni stabilità o certezza dogmatica. In definitiva, ciò che si chiede alla storiografia giuridica è di rinunciare a essere se stessa, e di assumere una funzione non sua, strumentale e complementare, quando non oracolare o divinatoria²². Meglio sarebbe dire (come Paul Valéry dice per la storia in genere: ma Valéry non è mai semplice) che la storiografia giuridica è «il prodotto più pericoloso che la chimica dell'intelletto abbia mai elaborato».

Come si giustifica la pretesa neopandettistica verso la storiografia? Non si giustifica. Può anche darsi che, per un insieme di circostanze, una simile pretesa, a lungo andare, si realizzi, e che di storia non rimanga proprio nulla. Neanche questo varrebbe a giu-

stificarla, come non vale a giustificare una catastrofe ecologica la previsione del suo verificarsi: tanto più se proprio noi contribuiamo a produrla. Intanto, se vi è ancora la storia fra i modi del comprendere, ciò non avviene per caso. Dopo aver mangiato all'albero della conoscenza, l'uomo non ha più potuto farne a meno. Il suo malessere originario, dirò parafrasando uno scrittore moderno, si è trasmesso alla storia: come quel malessere, la storia è fatta di «intolleranza alla pur minima forma di beatitudine durevole». Ma l'uomo può anche subire una radicale metamorfosi, sprofondare in un «puro presente», dove la beatitudine neopandettistica instaurerebbe il suo grande o piccolo regno.

Lo sappiamo, non è affatto raro che una civiltà o una cultura declini o giunga alla fine. Questo succede, per adoperare le parole di Jacques Maritain, quando si scontra «con condizioni storiche che non sono più quelle ad essa appropriate». Forse è questa la vicenda che la nostra cultura sta oggi attraversando. Ma se è così, il nostro compito è, più di prima, quello di conoscerla nei suoi percorsi multipli e non lineari e nelle sue radici meno prossime, di ristabilire i contorni e la prospettiva là dove tutto sembra divenire confuso o troppo semplice. Lo storico non ha esaurito la sua opera nella società contemporanea, ma sa che essa è ora più difficile, delicata e vulnerabile di quanto mai lo sia stata nei decenni o nei secoli che ci sono alle spalle. Questo vale per la storia del diritto come per ogni altra forma di storia. Non si tratta di reclamare per sé, con ingenuo ottimismo, il centro della scena, di imporsi toni direttivi e di attribuire valore predittivo alla propria ricerca; né di elaborare, per la scienza giuridica odierna, esempi, paradigmi o alternative possibili; almeno non è questo il nostro scopo primario. La scienza giuridica, questi esempi o paradigmi, potrà desumerli dal discorso storiografico ogni volta che ne avvertirà il bisogno, e sarà disposta ad affrontare, su un piano teorico, le difficoltà non lievi che il loro impiego comporta²³; così come la storiografia continuerà a richiedere alla scienza giuridica (e, si intende, non ad essa soltanto) il momentaneo soccorso dei suoi concetti. Non deve esservi nessuna chiusura fra l'una e l'altra, ma il dialogo rimane arduo, e bisogna non correre il rischio di banalizzarlo o di renderlo confuso. Perciò è necessario ribadire che la storiografia non ha in un obiettivo pratico la sua ragione, — o, se vogliamo esprimerci in modo meno drastico, si muove in un orizzonte sempre più esteso e

mutevole di qualunque sollecitazione pratica. Lo storico autentico vuole esercitare, — da un osservatorio idoneo situato nel presente, e non da un luogo di rifugio o da un punto archimedeo, — la sua attitudine critica e la sua libertà contemplativa, e darne conto nella comunicazione pubblica. Egli ha sufficiente ironia per sapere che il mondo potrebbe un giorno fare a meno di lui; ma anche abbastanza saggezza per levare la voce contro i profeti di un mondo senza storia: almeno sino a quando ci sarà qualcuno disposto a prestargli ascolto. In ogni caso, non sono gli effetti immediati e contingenti del suo lavoro che devono preoccuparlo, ma quelli lontani e profondi che potranno prodursi (se mai si produrranno) nelle coscienze degli uomini.

* Questo testo ha subito qualche taglio in sede di lettura al Centro Arancio-Ruiz. Con le note essenziali, qui riprodotte, è stato pubblicato in *Labeo* 43 (1997) 187 ss. Ulteriormente sviluppato, ha costituito la relazione al Seminario sul tema «Norm und Tradition. Zur Situation und Aufgabe der Rechtsgeschichte als Teil einer europäischen Rechtswissenschaft», organizzato da Pio Caroni e Gerhard Dilcher, e svoltosi a Monte Verità sopra Ascona dal 24 al 27 aprile 1996. Completo, apparirà negli Atti del Seminario.

¹ Me ne occupo in *Diritto e tempo nella tradizione europea* (Roma-Bari 1994, 1996²) 38-43, 50-52, dove, per la teoria delle passioni, rimando a Leo Strauss.

² Ho dedicato a questa materia una relazione dal titolo *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero* (Accademia Nazionale dei Lincei. Atti convegni lincei 125, 1996) 117-42.

³ Da R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *JZ.* 47 (1992) 12, che richiama F. H. Lawson.

⁴ D. 50.16.19 (Ulp., 11 ad ed., L. 372 = Lab. 5): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunavllagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

⁵ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990) 562 nt. 111.

⁶ T. WEIR, *Contracts in Rome and England*, in *TLR.* 66 (1992) 1615-48.

⁷ I riferimenti opportuni sono nel mio articolo *Labeone e l'editto*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 5 (1993) 30-38.

⁸ Nel secondo seminario sulla «storia del pensiero giuridico romano»,

svoltosi presso la Scuola superiore di Studi storici dell'Università di San Marino, nel gennaio del 1995. Il mio intervento è ancora inedito.

⁹ Lab.-Ulp. D. 50.16.38, L. 386, 725.

¹⁰ Dedico parecchio spazio a questo tema nella mia *Storia del diritto romano* (Bari-Roma 1997¹⁰) 137-52, 186-94.

¹¹ Cic., *Pro Caec.* 25.70-72.

¹² Cic., *Pro Caec.* 26.73-75.

¹³ Se ne ha un riscontro teorico in Cic., *De inv.* 2.22.65, su cui *Storia*¹⁰ cit. 178-80.

¹⁴ Ho in mente H. FOCILLON, *Vita delle forme seguito da elogio della mano* (nuova edizione, Torino 1990) 94-95.

¹⁵ Così, per lo storico della scienza, P. ROSSI, *Storia e filosofia* (Torino 1969) 227, d'accordo con E. Agazzi.

¹⁶ Il «programma» delineato da H. COING, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, in *NJW.* 43 (1990) 937-41, non privilegia, mi sembra, il legame con la Scuola storica; vi insiste, invece, R. ZIMMERMANN, «*Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...*». *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, in *ACP.* 193 (1993) 172-3; *Römisches Recht und europäische Rechtseinheit*, in *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, herausgegeben von W. Ludwig (Göttingen 1993) 168-69; *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, in *ZEuP.* 1 (1993) 4; *Europäisches Privatrecht und Studium*, in *ZEuP.* 1 (1993) 215; *Konturen eines europäischen Vertragsrechts*, in *JZ.* 50 (1995) 477; né è il solo, come dimostrano, in particolare, R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht - das Forschungsfeld der europäischen Rechtsgeschichte*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, herausgegeben von R. Schulze (Berlin 1991) 32-34, e R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *ZEuP.* 2 (1994) 248.

¹⁷ Se ne assunse la difesa, a suo tempo, P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München-Berlin 1947, 1964⁴) 290 ss., 339, 343 ss., 346, 352-3, 365-7 = *L'Europa e il diritto romano* (Firenze 1962) 493 ss., 576-7, 584 ss., 586 nt. 18, 592, 602, al quale R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune* cit. 18-19, esplicitamente si richiama.

¹⁸ La «tradizione civilistica» dell'Europa continentale moderna ha un debito enorme verso la «scienza giuridica romana»; e il *ius commune*, che ne fa parte, — osserva R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit. X, — «provides the intellectual and doctrinal framework within which a new European legal unity may one day emerge». Sulla stessa linea, H. KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *JZ.* 47 (1992) 22. Anche per CHR. BALDUS e A. WACKE, *Frankfurt locuta, Europa finita?*, in *ZNR.* 17 (1995) 288, 291, la storia del diritto deve essere «produttiva»; essa indaga il «law in action» del passato in vista della sua «künftige Verwertbarkeit», e fornisce «historische oder vergleichende Alternativen» al diritto privato esistente.

¹⁹ Superano la prova, per dirla con P. CARONI, *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, in G. ARZT, P. CARONI, W. KÄLIN (Herausgeber), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?* (Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlaß der Reform des juristischen Studiums, Bern, s.a. ma 1994) 46; *Der Schiffbruch der Geschi-*

chtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus, in ZNR. 16 (1994) 88, solo quei frammenti del passato, «die als Präfiguration bzw. Antizipation eines bestimmten Modells erscheinen», la ricerca ha la sua guida nella «Vorwegnahme der Gegenwart in Form einer Präfiguration des geltenden Rechts».

²⁰Lo nota anche T. GIARO, *Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa*, in *Ius commune* 22 (1995) 3.

²¹È ammirevole, date le premesse, l'equilibrio con il quale la giudica R. ZIMMERMANN, *Codification: History and Present Significance of an Idea. À propos the Recodification of Private Law in the Czech Republic*, in *European Review of Private Law* 3 (1995) 95 ss., 105 ss., 110.

²²Tutto questo non ha nulla a che fare, s'intende, con l'«Applikation» della ermeneutica storico-filologica gadameriana, che qualche volta viene chiamata in causa non molto a proposito.

²³Una «Dekontestualisierung» del diritto privato romano, e una sua «Re-substantialisierung», come nota K.W. NÖRR, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, in *ZEuP*. 2 (1994) 73-76.

Di seguito si riporta (nella traduzione italiana di Aldo Mazzacane) il documento programmatico approntato da Pio Caroni e Gerhard Dilcher per il Seminario in Monte Verità sopra Ascona del 24-27 aprile 1996 tra studiosi di lingua e culture tedesche e neolatine, in vista del quale è stata anticipata presso il Centro, per provocare una discussione preliminare, la relazione sopra trascritta.

«La storia del diritto governa il sapere storico intorno al fenomeno giuridico e dimostra la propria fecondità scientifica soprattutto nei contributi al discorso delle scienze storiche, e con ciò al complesso delle scienze sociali e 'dello spirito'. Nel sistema universitario però è collocata come disciplina specialistica all'interno delle facoltà di giurisprudenza, dove è chiamata a operare per la formazione delle nuove generazioni di giuristi. Ne derivano forti tensioni: si è parlato da un lato di 'fiorente laboratorio di ricerca'¹, dall'altro di marginalizzazione dell'insegnamento nel sistema d'istruzione dell'università di massa, che ha condotto o condurrà 'ad una progressiva estinzione della disciplina'². Il processo di unificazione europea ha introdotto un nuovo aspetto nel lungo dibattito sulla legittimazione della storia del diritto, che peraltro si è svolto spesso finora senza una stretta connessione con il concreto lavoro di ricerca. Ciò forma il punto di partenza della nostra proposta, sul quale sarà bene ritornare dopo un breve sguardo retrospettivo.

La storia del diritto — nei due indirizzi di storia del diritto romano (romanistica) e storia del diritto nazionale o 'patrio' (germanistica, italianistica, etc.) — è sorta dappertutto in Europa, fin dall'umanesimo, dall'illuminismo e dallo storicismo, come un ramo della scienza giuridica. Essa aveva innanzitutto il compito di rintracciare e chiarire le fonti, per consentirne l'«esatta» comprensione ai fini dell'applicazione. Nel corso del secolo XIX, anche a causa della stretta relazione con gli ambiziosi sviluppi della scienza della storia, acquistò coscienza del proprio valore come apporto alla co-

noscenza storica (F. Wieacker: 'La scoperta della storia del diritto'³). Tuttavia, almeno fino alle codificazioni del diritto privato (in Svizzera e in Germania all'incirca fino al 1900), compito di entrambi gli indirizzi rimase quello di individuare e illustrare il patrimonio dato di norme privatistiche. Le codificazioni hanno in seguito reciso il legame del diritto vigente con la sua storia: un processo che nell'ambito del Common Law anglo-americano non si è verificato. È interessante notare come la scuola storica del diritto tedesca del secolo XIX, che con la polemica Savigny-Thibaut prese avvio proprio dalla mancanza di un codice per tutti i territori tedeschi, abbia guadagnato una forte influenza modificatrice delle scuole puramente esegetiche anche nei paesi già in possesso di una codificazione, come la Francia, l'Austria, l'Italia. Ciò rivela un substrato esistente in ogni scienza giuridica esegetica e applicativa, che possiamo chiamare 'cultura giuridica'. Il suo rapporto con la considerazione storica del diritto è evidente.

La scienza storico-giuridica del secolo XX ha seguito largamente il modello di ricerca tramandato; pertanto è stata ed è tuttora vista in Europa ovviamente come parte delle facoltà e dell'insegnamento di diritto. Non si è però riflettuto adeguatamente se si tratti di un 'ornamento culturale' dei giuristi, di un settore della scienza storica coltivato da giuristi, o di un elemento necessario e integrante d'una moderna scienza giuridica. Ad ogni chiamata di professori, destinazione di cattedre, fondazione di università o riforma dei piani di studio, il problema si ripropone, ma per la forza delle tradizioni indicate non riesce mai a diventare una questione di fondo della politica universitaria. Eppure i continui cambiamenti nel sistema dell'istruzione pubblica, la pressione delle masse studentesche e le esigenze di razionalizzazione delle università impongono una risposta più chiara⁴.

In seguito all'unificazione europea, d'un tratto 'il valore conoscitivo per il diritto vigente della ricerca storico-giuridica' è divenuto negli ultimi anni di nuovo oggetto di discussioni scientifiche. Protagonisti dell'offensiva sono romanisti (R. Zimmermann, che è anche specialista del diritto romano-olandese del Sud Africa e del Common Law) e comparatisti (H. Kötz)⁵. Essi sottolineano che la scienza e l'insegnamento dovrebbero fornire una risposta alla uniformizzazione del diritto, guidata in modo unilaterale da Bruxelles mediante il potere di direttiva. Tale risposta viene indi-

cata nel recupero dal passato degli elementi comuni presenti nell'antico *ius commune* europeo e negli stessi ordinamenti nazionali (R. Schulze)⁶.

Dall'altro fronte si levano obiezioni critiche. La collocazione e l'interesse conoscitivo della storia del diritto vengono visti proprio nel suo compito storico, indipendente da scopi applicativi: la *Historisierung*, insomma, sarebbe irreversibile (P. Caroni, J. Rückert, D. Simon, P. Landau, P. Grossi)⁷. Diviene così ancor più urgente la questione del ruolo delle discipline storico-giuridiche nella scienza, nella formazione e nelle facoltà di diritto. Sullo sfondo sta l'interrogativo teorico circa il rapporto tra normatività e tempo (G. Dilcher; fra gli storici, R. Koselleck e O.G. Oexle⁸). L'intera problematica, però, non dev'essere considerata esclusivamente o prevalentemente dall'angolatura del diritto privato, bensì anche da quella del diritto costituzionale⁹, amministrativo e penale, dove si connette con questioni e tradizioni scientifiche del tutto diverse. Inoltre si dovrebbe prendere in esame il fatto che le discipline di storia del diritto 'patrio' (svizzero, tedesco, austriaco, italiano, francese) si sono svincolate già da tempo e con maggior decisione rispetto al diritto romano dal paradigma di una storia giuridica rivolta all'applicazione (e che perciò Caroni e Grossi chiamano neopandettistica), per esempio nella rinuncia ai tradizionali corsi storico-dogmatici di 'Deutsches Privatrecht'. Infine, non può sfuggire all'attenzione il differente rapporto del Common Law con la sua storia¹⁰.

L'autorappresentazione della storia del diritto dipende sicuramente anche da premesse sovente inesprese circa la situazione e i compiti della giurisprudenza. Si può intendere la scienza giuridica come una scienza empirica, che si dedica alla raccolta e all'analisi del materiale normativo. È innegabile tuttavia che quanto più essa si avvicina al diritto vigente, tanto più si riempie di elementi applicativi. Il carattere applicativo di tali elementi non è chiaro. Di questa nebulosità soffre anche la relazione della storia del diritto con la scienza giuridica. Il suo contributo alla scienza giuridica come scienza applicata dipende dalla misura in cui la valutazione e la decisione, in generale o anche solo nel quadro del diritto vigente, si possano o si vogliano presentare come scientifiche. Senza dubbio la storia del diritto può avere un valore di scienza ausiliaria, in quanto illumina i fattori sottesi alle valutazioni. Ma il se-

gno distintivo del cosiddetto pandettismo risiede, a stretto rigore, nella fiducia in una giustizia immanente — vuoi nel materiale normativo, vuoi nella sua storicità — ed insomma in una normatività immanente. Sotto il profilo filosofico e di teoria della scienza, nella scuola storica si coglie il tentativo di ricavare dalla storia conoscenze normative in senso proprio. Servono a questo scopo formule quali 'necessità interna' e 'ricerca dei principi'. In questo caso concezione storica ed applicazione giuridica possono congiungersi in modo relativamente non problematico sotto comuni premesse. Come possa porsi invece la loro relazione alla luce di promesse moderne, vale a dire alla luce di una concezione empirica della scienza, è scarsamente dibattuto. Occorrerebbe tenere per fermo che anche in una prospettiva moderna la scienza giuridica non è solo empirica e che verosimilmente, proprio ai fini dei suoi aspetti applicativi, la funzione di chiarimento critico o apologetico, esercitata dalla storia del diritto nell'ambito della dogmatica, è fruttuosa e forse irrinunciabile. Il problema ermeneutico non sembra presentare alcuna peculiarità distinta: esiste per la storia del diritto come per la scienza giuridica. In tal senso la discussione storico-giuridica potrebbe fornire alla scienza (innanzitutto del diritto privato) gli impulsi teorici per aiutarla a superare i confini degli ordinamenti nazionali. È fuor di dubbio infatti che, nonostante l'intensificarsi nel campo del diritto della comparazione e delle relazioni internazionali, si sia prodotto uno smottamento fra le culture giuridiche nazionali, che va ben oltre le differenze della normativa. L'insegnamento universitario ha perciò il compito di trasmettere, accanto alla conoscenza delle norme, anche quella del contesto culturale che ne influenza l'applicazione.

Con ciò tocchiamo un problema antropologico che fu già affrontato dalla scuola storica, e in particolare da Savigny nel *Beruf*. Il modello codificatorio procede da un complesso di norme coerente e consistente, al quale il giudice ('bocca della legge', secondo Montesquieu) è vincolato nelle decisioni. Savigny al contrario collega 'organicamente' il diritto con la convinzione popolare, nelle epoche primitive in quanto consuetudine, nelle culture più evolute attraverso i giuristi, vale a dire attraverso un ceto professionale definito da un sapere tecnico e da una specifica formazione. Al diritto romano e alla sua completezza Savigny rivendica la funzione di fondamento storico e legittimazione del ceto. Egli pone così il te-

ma dei giuristi, delle loro 'abitudini' rilevanti per la decisione e dei loro condizionamenti sociali: un problema cui allude approssimativamente anche l'espressione 'cultura giuridica'. In tal modo il tema 'diritto e comportamento' si presenta sia in una prospettiva storico-teorica, sia di storia della scienza.

Una discussione sui problemi accennati, dal punto di vista della storia e della teoria della scienza, nonché della pratica della ricerca, come pure a partire dalla questione dell'insegnamento giuridico contemporaneo e del ruolo della storia del diritto nelle facoltà di giurisprudenza, rappresenta un desideratum non solo per la storiografia. Il progetto intende promuovere un confronto delle diverse posizioni in un contesto internazionale, in particolare fra esponenti delle culture giuridiche di lingua tedesca e neolatina, in modo da far emergere con maggior chiarezza tanto le possibili convergenze e i punti di contatto, quanto le contrapposizioni fondamentali. Il risultato dovrebbe sottrarre la discussione teorica alla frammentazione, offrendo un punto di partenza più preciso. Ciò non riguarda soltanto la storia del diritto, e con essa la scienza giuridica e la scienza storica, ma può anzi costituire un contributo alla questione assai più vasta di come possa ricavarsi un orientamento normativo dalla tradizione; la questione — in altri termini — del rapporto tra normatività e dimensione temporale, tra costanza dei valori e mutamento storico».

¹ Diethelm KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft* (1985) 1. Le note non intendono documentare l'intera discussione, ma solo il suo stato attuale.

² Regina OGOREK, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)*, in D. SIMON (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik* (1994) 12 ss. (part. 12-13).

³ Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (1967) 416 ss.

⁴ OGOREK, o.c.

⁵ Vedi soprattutto: Reinhard ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung* 47 (1992) 8 ss.; nonché la serie di articoli fondata sul grosso lavoro *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town 1990-1992). Inoltre: Hein KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte*, in *Juristenzeitung* 47 (1992) 20-22. Nella stessa direzione, ma con un punto di vista diverso, Klaus LUIG, *Dogmengeschichte des Privatrechts als rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung*, in *Ius Commune* 20 (1993) 193 ss.

⁶ Reiner SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht. Das For-*

schungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte, in SCHULZE (Hg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte* (1992) 3 ss.

⁷PIO CARONI, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994) 85 ss.; JOACHIM RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung*, in *RJ.* 11 (1992) 122 ss.; D. SIMON, *Zwillingsschwestern und Stammesbrüder oder What is What?*, *ibid.* 574 ss.; e già ID., *Rechtsgeschichte*, in AXEL GÖRLITZ, *Handlexikon zur Rechtswissenschaft* (1974) 314. Da ult., in modo reciso, PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quad. fior.* 23 (1994) 4. Tempo addietro: PETER LANDAU, *Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie*, in *Vierteljahresschrift f. Sozial- u. Wirtschaftsgesch.* 61 (1974) 145 ss.

⁸GERHARD DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Rechtswissenschaft*, in *AcP.* 184 (1984) 247 ss. REINHART KOSELLECK, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, in *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertags*, hg. v. D. SIMON (1987) 129 ss.; OTTO GERHARD OEXLE, *Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft*, *ibid.* 77 ss.

⁹MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 1* (1988), *Einleitung e passim*.

¹⁰MATTHIAS REIMANN, *Historische Schule und Common Law* (1993).

*In duecentocinquanta
esemplari fuori commercio*

Edi.sud, via Circumvallazione Esterna n. 74, Qualiano (Na)