

Massimo Nardoza

Pensiero giuridico  
e coscienza storica



## INTRODUZIONE

### **RADICI E TRADIZIONI DELLA SCIENZA GIURIDICA ITALIANA: ALCUNE PROSPETTIVE**

SOMMARIO: 1. Diritto vivente e svolte interpretative. – 2. Il problema dell'analisi del testo giuridico. – 3. Tradizione/pensiero giuridico. – 4. Geografia giuridica. – 5. Una scienza giuridica non nazionale. – 6. Un particolare rapporto dei giuristi con le proprie radici.

#### *1. Diritto vivente e svolte interpretative*

A partire dagli anni '50 del Novecento, si assiste in Italia a una revisione critica importante sia del metodo, sia dell'approccio teorico all'interpretazione del diritto. È dato osservare come il discorso giuridico sia suffragato da ricerche finalizzate a indagare l'effettivo modo di argomentare e di interpretare dei giuristi; a fronte del rifiuto delle rigidità dello scientismo e del positivismo (in special modo con riferimento all'assunzione di criteri precostituiti e rigidi di razionalità) si pone l'apertura alla storia, non soltanto finalizzata alla ricostruzione genealogica, ma volta a individuare le forme permanenti di appropriazione dell'esperienza del giurista nelle sue movenze originarie, innanzi tutto creative.

Tullio Ascarelli introduceva la riflessione sul 'diritto vivente' che «dietro ed oltre la nozione di legge ... si rileva attraverso la

pratica applicazione degli istituti»<sup>1</sup>. Nella sua impostazione si denunciava l'insufficienza del dato testuale contenuto nelle disposizioni legislative e l'assoluta necessità, da parte dell'interprete, di ricorrere a elementi extragiuridici per ricostruire il significato del testo, per giunta non sempre riducibile al catalogo formale della gerarchia delle fonti di produzione del diritto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, p. 451; v. pure ID., *Il tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in «Riv. dir. proc.», 1957, p. 352.

<sup>2</sup>Tullio Ascarelli in numerosi lavori aveva tentato di rivedere categorie evolutive tradizionali adeguandole soprattutto a quei settori degli ordinamenti giuridici contemporanei, come il diritto commerciale e il diritto del lavoro, che mostravano, sotto le crescenti sollecitazioni, evidenti segni di dinamica interna. In contributi significativi Ascarelli aveva in particolare delineato, in contrapposizione alla distinzione tra visuale giuridica formale e sostanziale, una visuale diversa, di tipo 'comparativo' che teneva conto dell'apparato concettuale della teoria generale dei diversi sistemi di *civil law* e *common law* e che veniva proposta come quella probabilmente dominante nel diritto contemporaneo. Sul pensiero di questo importante autore e sulla dimensione del contributo apportato alla teoria dell'interpretazione si vedano, oltre ai lavori di L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, pp. 191 ss. e ID., *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, pp. 129 ss., il denso saggio di N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, pp. LXXXVIII ss. (poi in ID., *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977) e quello di M. REALE, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in «Riv. int. fil. dir.», 60 (1983), pp. 231 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'ermeneutica di Ascarelli, in ordine ai profili posti a fondamento della dottrina del 'diritto vivente', v. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso e implicazioni*, Milano, 1994 (i capitoli I, II e III della prima parte); in ordine ai problemi di diritto commerciale, v. B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in «Diritto privato», III (1997), pp. 551 ss.; M. BARELA, *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in «Rass. dir. civ.», 2004, pp. 909 ss. Per le implicazioni storiografiche e di metodo cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in «Assolutismo giuridico e diritto privato», Milano, 1998, pp. 323 ss.; nonché A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, pp. 228 ss.; M. STELLA RICHTER, *Tullio Ascarelli e i beni immateriali*, in «Afferrare... l'inafferrabile». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Sciumé, E. Fusar Poli, Milano, 2013, pp. 53 ss.; F. MIGLIORINO, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimer al Terzo Reich*, Mi-

Quella riflessione si può considerare come una svolta interpretativa nella scienza giuridica italiana, già disposta a un mutamento di paradigma nel senso indicato da Ascarelli<sup>3</sup>. L'assunto interpre-

---

lano, 2021. Sul campo comune ad Ascarelli e Grossi in riferimento alla funzione ordinante del sapere giuridico di fronte alle esigenze economiche del mercato, v. B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in «Ordo iuris». *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 319 ss. Sulle inclinazioni filosofiche v. F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999; descrittivo del metodo, ma non incisivo, il lavoro di M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, 1989.

<sup>3</sup> È sufficiente, infatti, pensare a lavori come quelli sull'interpretazione di Emilio Betti e al loro proposito di pervenire all'individuazione dei principi metodologici di una fondazione storiografica del diritto, presentata da un lato come ampliamento e dall'altro come correzione dei presupposti dell'impostazione pandettistica: E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Arch. giur.», 99 (1928), pp. 729 ss., 100 (1928), pp. 27 ss.; ID., *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, in «Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis», 15 (1937), pp. 137 ss.; ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in «Riv. it. sc. giur.», 2 (1948), pp. 34 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; ID., *Forma e sostanza dell'interpretatio prudentium*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona, 1948), II, Milano, 1951, pp. 103 ss.; ID., *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung*, in *L'Europa e il Diritto romano. Studi in onore di P. Koschaker*, II, Milano, 1953, pp. 18 ss.; ID., *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungsbere: ein hermeneutisches Manifest*, in W. Kunkel u. H.J. Wolff (hrsg. V.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen, 1954, 2, pp. 79 ss.; ID., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, spec. § 36. Su Betti, v. *infra*, nota 66.

La prospettiva storica, per quegli autori che si sforzavano di ricondurla all'interno della prospettiva teorico-giuridica, costituiva ora non solo una estensione dell'orizzonte di ricerca volta ad aumentare i dati disponibili, ma una fonte da cui ricavare criteri di razionalità interni all'ordinamento o un quadro comparativo per studiare le influenze esterne cui l'ordinamento è sottoposto; restavano sullo sfondo, naturalmente, rinnovati tentativi di applicare alla storia dei concetti giuridici – e per questa via anche alla storia degli istituti – gli strumenti della teoria generale; v. ad es. Pugliatti, del quale si possono ricordare oltre alla rilettura totale di assetto fatta in S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, I, *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, 1943, i temi dell'autoresponsabilità, del rapporto giuridico unisoggettivo, della pubblicità, dei trasferimenti coattivi. Su quest'autore, v. E. PARESCHE, *Il metodo e la teoria: Salvatore Pugliatti tra la logica giuridica e lo storicismo*, in «Riv. dir. civ.», I, 1978, pp. 541 ss.; P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in «Rass. dir. civ.», 1996, pp. 807 ss.; V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore*

tativo si fondava sul presupposto che le norme rappresentano il più delle volte uno strumento per disciplinare una pratica sociale adottata dai membri della comunità; uno strumento che tanto meglio risulterà efficace quanto più la pratica sociale da recepire nel diritto positivo è stata attentamente riconosciuta<sup>4</sup>. Il lavoro

---

Pugliatti – *Attualità di un insegnamento* (2003), in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 5 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000; ID., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002; ID., *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in «Riv. dir. civ.», I, 2003, ora in ID., *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 541.

<sup>4</sup> Riecheggia l'insegnamento di Ehrlich per il quale «la proposizione giuridica ... è ancora oggi derivata, in larga parte, dall'ordinamento interno dei gruppi sociali. Ciò spiega perché, per comprendere l'origine, lo sviluppo e l'essenza del diritto, sia necessario prima di tutto studiare l'ordinamento dei gruppi sociali. Tutti i tentativi di chiarire la natura del diritto sono finora falliti proprio perché hanno preso le mosse dalle proposizioni giuridiche, invece che dall'ordinamento dei gruppi sociali»; v. E. EHRILCH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913 (trad. it. a cura di A. Febbrajo, Milano, 1976, p. 48).

La problematica dell'utilizzo dei criteri sociologici nella scienza giuridica era in quegli anni oggetto di dibattito, soprattutto in ragione della circolazione delle tesi della cosiddetta scuola del diritto libero (*Freirechtsbewegung*). Sul movimento, le cui vicende sono state ottimamente ricostruite retrospettivamente da L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 201 ss., cfr. H. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, 1909; L. SPIEGEL, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft*, in «Zeitschrift für das Privatund Öffentliche Recht der Gegenwart», 36 (1909), pp. 1 ss.; J.G. GMELIN, *Quousque? Beiträge zur soziologischen*, Hannover, 1910; E. FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 15 (1910), pp. 283 ss.; H.U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages von 19-22 Oktober in Frankfurt a.M.*, Tübingen, 1911, pp. 275 ss. (trad. it. nel lavoro collettaneo *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1989, pp. 57 ss.); H. WÜSTENDÖRFER, *Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung*, in «Archiv für die Civilistische Praxis», 110 (1913), pp. 219 ss.; ID., *Die beiden ersten Soziologentage und die Rechtswissenschaft*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», 34 (1915), pp. 399 ss.; ID., *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 9 (1915-1916), pp. 170 ss., 289 ss., 422 ss.; A. NUSSBAUM, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen, 1914, ora in ID., *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, M. Rehbinder (hrsg.), Berlin, 1968, pp. 18 ss.

del giurista è naturalmente influenzato dall'esigenza di chiarire gli aspetti del diritto positivo, ma il rinvenimento delle soluzioni deve avvenire sul piano del diritto socialmente praticato laddove, se ci si limitasse a una valutazione meramente legalistica di un qualsiasi istituto giuridico, astrattamente considerato, si osserverebbe come esso si manifesti attraverso un complesso di regole di diritto positivo e solo secondariamente rifletta la pratica sociale di cui quelle regole possono considerarsi il sedimento.

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

---

<sup>5</sup> G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 4 (1952), pp. 767 ss., ora in ID., *Opere*, Milano, 1959, V, pp. 313 ss. È importante, proprio in relazione agli assunti kelseniani, la riflessione, in tema di persona giuridica, di T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in «Riv. soc.», 2 (1958), pp. 921 ss., poi in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 235 ss. (per la differenza di metodo Ascarelli/Kelsen, v. F. D'ALESSANDRO, *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, pp. 241 ss., spec. 252).

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

pretese sistematiche e, soprattutto, di fondazione di un ordine teorico.

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

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

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

Il mutamento di paradigma, per quanto indubbiamente influenzato dallo spirito del tempo, aveva profonde motivazioni scien-

<sup>7</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1929<sup>5</sup>, VII. Esempio quanto rileva Paolo Grossi (*Scienza giuridica italiana*, cit., p. 53) a proposito della concezione di questo Trattato: «il giurista non deve mai dimenticare che il diritto è ordinamento del sociale e non può mai inaridirsi in un *corpus iuris* prestabilito. La metodologia vivantiana guarda alla vita; e proprio in forza di questo vitalismo guarda alla storia del passato che è vita interamente vissuta e che è in grado di esprimere un messaggio perfettamente compiuto, alla storia in atto, all'esperienza quotidiana che vive il presente ma che sta già presagendo il futuro e disegnando il futuro». Sul punto v. A. SCIUMÈ, *Cesare Vivante*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Roma, 2012, pp. 446 ss.; M. STELLA RICHTER, *Cesare Vivante e il 'mito di fondazione' della scienza del diritto commerciale*, in «Riv. dir. comm.», 2014, I, pp. 523 ss.

<sup>8</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., pp. IX ss.; T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952; ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955; ID., *Problemi giuridici*, I, cit. Utili le considerazioni di L. PELLICCIOLI, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*, Pisa, 2015, pp. 45 ss.

tifiche: suonava, infatti, come una reazione al modello prevalente ereditato dalle esasperazioni pandettistiche, un modello secondo il quale le diverse soluzioni giuridiche e di organizzazione sociale potevano essere ricondotte a formule complesse e in qualche modo invarianti, un modello capace di sussumere diversi apporti teorici ottocenteschi in una costruzione speculativa fondata sui 'valori'.

A tale funzionalismo, che in numerose varianti aveva dominato le teorie giuridiche dei primi tre decenni del Novecento, si opponeva (o aggiungeva, a seconda dei casi e della consapevolezza teorica) il recupero di altre tradizioni di pensiero: Max Weber e la metodologia 'comprendente'<sup>9</sup>, le tesi volontaristiche sull'azione di Maurice Blondel<sup>10</sup>, il recupero della filosofia di Vico<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> M. WEBER, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie (Su alcune categorie della sociologia comprendente)*, 1913 (= M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, ed. it. a cura di P. Rossi, Torino, 1958, pp. 256 ss.). Su Weber e sulla sua influenza storiografica v. W. HENNIS, *Il problema Max Weber. Studi sulla biografia dell'opera*, trad. it. di E. Grillo, Roma-Bari, 1991; ID., *Max Webers Wissenschaft von Menschen. Neue Studien zur Biographie de Werks*, Tübingen, 1996; G. HÜBINGER, *Kapitalismus und Kulturgeschichte*, in G. Hübinger, R. vom Bruch, F.W. Graf (Hrsg.), *Kultur und Kulturwissenschaften um 1900*, Stuttgart, 1989, pp. 25 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le economie del mondo antico*, Roma-Bari, 2000; F. TESSITORE, *Lo storicismo come filosofia dell'evento*, Soveria Mannelli, 2001, pp. 41 ss.; G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in «Mat. st. cult. giur.», 31 (2001), pp. 365 ss.

<sup>10</sup> M. BLONDEL, *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, 1893 (trad. it. di E. Codignola, Firenze, 1921). Sull'importanza di quest'opera cfr. P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, 2008, p. 20 (ivi riferimenti all'apprezzamento anche da parte di Emilio Betti).

<sup>11</sup> N. BOBBIO, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, 1947; G. FASSÒ, *I "quattro autori" del Vico*, Milano, 1949; A. LEVI, *Il diritto naturale nella filosofia di Vico*, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, 1957; B. DE GIOVANNI, *Riflessione sulla critica della conoscenza pura nel "Diritto universale"*, Vico e Cartesio, in «Ann. Bari», 17 (1962), pp. 32 ss.; N. BADALONI, *Introduzione a Vico*, Milano, 1961. Sull'importanza del pensiero vichiano nell'ermeneutica giuridica v. G. CRIFÒ, *L'ultimo retore, il primo scienziato?*, in G.B. VICO, *Institutiones oratoriae*, a cura di G. Crifò, Napoli, 1995, pp. XV ss.



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

Naturalmente si tratta solo di generalizzazioni che non rendono giustizia al pluralismo della svolta interpretativa cui si accennava. Per fare solo un esempio, molti storici del diritto romano, dato il loro prevalente scetticismo nei confronti delle teorie filosofiche, non si sarebbero riconosciuti in questo quadro iper-semplificato<sup>13</sup>. Tuttavia, se consideriamo i risultati empirici di quelle nuove tendenze di ricerca, possiamo apprezzare i fattori che li rendono affini: l'interesse crescente per la dimensione linguistica delle relazioni giuridiche, l'attenzione per i problemi della prassi giudiziaria più che per le strutture categoriali e, soprattutto, l'ine-

---

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

<sup>13</sup> Una delle caratteristiche peculiari di quegli anni è la centralità del dibattito italiano in ordine al ruolo della riflessione filosofica rispetto a quello della storia del diritto. Intorno a questo problema si addensano, infatti, sia gli elementi di continuità e trasformazione delle visuali positivistiche, sia i momenti di aperta critica. Di qui anche la specificità del dibattito sull'utilità dello studio storico del diritto; il problematico rapporto tra categorie dommatiche e discontinuità storiche, che già aveva caratterizzato, in Germania, la nascita di una *Begriffsgeschichte*, compare qui nella forma metodologicamente enfatizzata di una riflessione sulle corrette modalità di apprensione ed elaborazione concettuale dell'esperienza giuridica antica; v. sul punto M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, pp. 707 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, pp. 275 ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004; E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in I. Birocchi, M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, pp. 19 ss.

vitabile propensione all'interpretazione creativa dei 'fatti giuridici' piuttosto che alla loro analisi oggettiva o neutrale<sup>14</sup>.

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

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

---

<sup>14</sup> Per la riflessione sul concetto di fatto e fattispecie giuridica, negli anni in cui scriveva Ascarelli, v. A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in «Ann. Macerata», 5 (1929), pp. 393 ss., ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, pp. 247 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1934; cfr. pure M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico, fatti giuridici, fattispecie*, Torino, 1942; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 8 (1954), pp. 331 ss. Sulla complessa trama della cultura del periodo indicato, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit.; ID., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.

<sup>15</sup> Se solo si osserva la tendenza degli ultimi anni è difficile sfuggire all'impressione che il dibattito giuridico intorno al diritto vivente stia perdendo progressivamente in intensità, trovando luogo in maniera crescente sul piano teorico, dove non sono più tanto in gioco interessi orientati alla prassi quanto una riflessione che pone in discussione il concetto stesso di diritto vivente, interrogandolo sulle sue condizioni e sulla sua funzione: cfr. L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, 1996, pp. 141 ss.; G. BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in «Jus», 1997, pp. 139 ss.; il volume su *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2006; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» – Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in «Soc. dir.», 2008, pp. 47 ss.; E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008; C. MESSNER, *«Diritto vivente» – Performativo, non discorsivo*, in «Politica del diritto», 2011, pp. 413 ss.

Ripercorrere queste vicende potrebbe avere una sua valenza poiché, con molta verosimiglianza, verrebbero fuori elementi concreti del retaggio che taluni aspetti di fondo della nostra attualità esercitano anche sul lavoro di noi storici del diritto, condizionandone il modo con cui esaminiamo le fonti e gli interrogativi di partenza. Si pensi, ad esempio, al peso che si tende ad attribuire alla per-

all'inizio, un'idea seminale, un elemento permanente e duraturo del nostro patrimonio intellettuale.

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

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

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

---

cezione pratica di quanto si compie e alla sua diretta utilità (in senso economico) quale uno degli aspetti caratteristici della mentalità contemporanea (alludo a N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 155, che parla di potenza economica che misura «uomini e cose secondo la logica della quantità», la quale tende a «sopprimere le differenze soggettive»). Per le considerazioni critiche sul punto, v. *infra*, nota 23.

<sup>16</sup> A. SCHIAVELLO, *La crisi del positivismo giuridico. L'«anti-giuspositivismo» di Lon Fuller e Ronald Dworkin*, in A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005, pp. 120 ss.; P. CAPPELLINI, *L'ermeneutica sulla luna. Ovvero come sta cambiando il nostro concetto di interpretazione*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone, G. Repetto, cit., pp. 71 ss.

<sup>17</sup> G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, cit.; suggeriscono l'impressione che la prassi concettuale del diritto possa essere colta non già con l'ausilio della logica, ma più adeguatamente con quello della retorica, gli scritti raccolti da K. Gräfin Von Schlieffen (a cura di), *Das Enthymem. Zur Rhetorik des juristischen Schließens*, Berlin, 2011. Importante la traduzione italiana, curata da Giovanni Marino, di alcuni saggi di A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003; v. G. MARINO, *Presentazione*, ivi, pp. V-XLV; ID., *Decisione, equità, Risikogesellschaft. Appunti dalla Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in «Crit. dir.», 1-2-3 (2004), pp. 302 ss.; A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, pp. 77 ss.

<sup>18</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *La construction de la pensée juridique française: inter-*

to rilievo, tende a riproporre modelli e teorie tratlizzate che assolvono più a una funzione di conferma del consueto operare piuttosto che servire da stimolo alla ricerca e al confronto<sup>19</sup>.

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

Se quella positivista nasce esplicitamente come analisi critica del 'testo giuridico' – delle sue deviazioni improprie rispetto a dati principi di volta in volta definibili – l'ermeneutica giuridica vede il giurista-interprete da sempre immerso in una situazione linguistica preconstituita che ne determina l'attività. Non diversamente l'approccio francese (per come è stato adottato ad esempio da Villey<sup>20</sup>) che, partendo anch'esso dall'assunto della natura lingu-

---

*rogations sur le modèle original à l'aune de son anti-modèle*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, 2006, pp. 501 ss.; C. AMODIO, *Nell'occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del diritto*, in «Politica del diritto», 40 (2009), pp. 605 ss.; N. HAKIM, *Droit privé et courant critique: le poids de la dogmatique juridique*, in *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, sous la direction de X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski, Paris, 2011, 78 ss.; C. AMODIO, *Au nom de la loi: l'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012.

<sup>19</sup> Molteplici sono gli esempi dei giuristi francesi che richiedono un nuovo colloquio con gli storici, nella certezza che la diagnosi della crisi, la necessità di una fondazione storiografica del metodo (ossia di legare le decisioni del presente alla lucida coscienza del passato) sono state avvertite piuttosto da storici del diritto che da giuristi positivi: v. M.-C. BELLEAU, *Les Juristes inquiets: Classicisme juridique et critique du droit au début du vingtième siècle en France*, in «Les Cahiers de droit», 49 (1999), 507 ss.; P.N. BARENOT, N. HAKIM, *La jurisprudence et la doctrine: retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine*, in «Quad. fiorentini», 41 (2012), pp. 251 ss.; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2001; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, 2002; N. HAKIM, F. MELLRAY, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2009; F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX<sup>e</sup> e XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, 2013.

<sup>20</sup> M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957; ID., *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1975), trad. it. Milano, 1986; su Vil-

stica dell'intera esperienza giuridica, cerca nella struttura del testo legale, smentendone il primato nella produzione del diritto, la cifra originaria idonea a riformulare le categorie fondative del sapere giuridico occidentale.

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

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

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

---

ley v. la letteratura citata in F.S. NISIO, *Spinoza con Villey. Il diritto sub specie aeterni*, in «Quad. fiorentini», 37 (2008), pp. 143 ss.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2 (1950), pp. 342 ss., poi ripubblicato in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 287 ss.; questo testo rappresenta, come è noto, il 'manifesto' della svolta linguistica (v. R.M. Rorty (ed.), *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method*, Chicago, 1967, trad. it. parz. *La svolta linguistica*, Milano, 1994) applicata al diritto. Già nel 1948, comunque, Scarpelli aveva pubblicato con la stessa intitolazione una breve nota nella «Riv. dir. comm.», 46 (1948), 212 ss. [ora in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, pp. 87 ss.].

<sup>22</sup> P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, pp. 3 ss.; ID., *Per un diritto am-*

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

### 3. Tradizione/pensiero giuridico

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

---

*ministrativo del tempo pos-moderno*, in «Quad. fiorentini», 45 (2016), pp. 9 ss.; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, pp. 3 ss. e 39 ss.; P. BONIN, N. HAKIM, *Postmodernità e romanità del diritto: di quale eredità il pensiero giuridico ricostruisce la genealogia?*, nel volume collettaneo *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e A. Schiavone, Torino, 2019, pp. XIII ss.

<sup>23</sup> Emblematica la riflessione sul nichilismo giuridico, a partire da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005<sup>2</sup>, da leggere insieme a ID., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, a ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007 e a ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011. Il nichilismo giuridico è categoria che collega trasversalmente sapere giuridico e potere, natura e storia, tecnica e vita. Tale riflessione è sfociata in interpretazioni diverse e anche contrastanti tra loro; si veda B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo 'noia' globalizzazione (Lezioni 2003-2004)*, Torino, 2004; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quad. fiorentini», 32 (2003), pp. 25 ss.; G. ALPA, *Sul nichilismo giuridico*, in «Mat. st. cult. giur.», 35 (2005), pp. 523 ss.; ID., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2010; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, 2012.

<sup>24</sup> L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quad. fiorentini», 39 (2010), pp. 153 ss.; ID., *La nazione dei giuristi. Il canone eclettico, tra politica e cultura giuridica:*

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

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

---

*spunti per una riflessione sull'esperienza italiana della Restaurazione*, in *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, a cura di G. Baggio, E. Fregoso, F. Micolo, Parma, 2011, pp. 263 ss.; ID., *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian Style tra '800 e '900*, in «Riv. it. sc. giur.», 6 (2015), 233 ss.; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in «Quad. fiorentini», 40 (2011), pp. 721 ss.

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

<sup>26</sup> P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, cit.; ID., *Per un glossario giuridico della Toscana Napoleonica*, in *Lingua degli uffici e lingua di popolo nella Toscana napoleonica*, Firenze, 1985, pp. 59 ss., spec. p. 68; il volume collettaneo *Europa e linguaggi giuridici*, a cura di B. Pozzo, M. Timoteo, Milano, 2008, pp. 31 ss., 185 ss. Per una critica della concezione post-moderna del diritto come linguaggio e, di conseguenza, della asserita irriducibilità del diritto a discorso razionale, in quanto frutto di interpretazione variabile determinata del discorso, v. M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico post-moderno*, in «Riv. crit. dir. priv.», 23 (2005), pp. 207 ss. Il raffronto tra pratica del diritto e pratica del linguaggio è comunque un nodo problematico costante; per le molteplici possibilità di approccio v. P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, pp. 103 ss.; A. GIULIANI, *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, in «Riv. int. fil. dir.», 47 (1970), pp. 374 ss.; G. MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, cit.; S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in «Grammatica e diritto», Milano, 1978, pp. 3 ss.; B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico... a partire da G.F. Puchta*, Milano, 1984, pp. 94 ss.; M. MANZIN, *Il petrarchismo giuridico. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'umanesimo*, Padova, 1994, pp. 85 ss.; L.

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

Già nei tardi anni Trenta del Novecento, del resto, in maniera assolutamente precoce, Giuseppe Capograssi<sup>28</sup> aveva inteso pro-

---

DI BONA, *Illusione della forma regolamentare ed 'estasi' dei principi. Le lezioni americane di Calvino*, in «Cultura giuridica e diritto vivente», 1 (2014).

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

<sup>28</sup> G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) e ID., *Il problema della scienza del diritto* (1937), entrambi ora in ID., *Opere*, II, cit., 209-373 e 375-627; v. pure ID., *Prefazione a "La certezza del diritto" di Flavio Lopez de Oñate*, ora in *Opere*, V, cit., p. 87. Sull'opera di Capograssi, v. C. VASALE, *Stato e individuo nel pensiero di G. Capograssi*, in «Civitas», 27 (1966), pp. 3 ss.; ID., *Società e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, Roma, 1972; l'ampia introduzione premessa da Mario D'Addio alla ristampa delle *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* e seguita dalla pubblicazione della inedita tesi di laurea su *Lo Stato e la storia* (Milano, 1977); il volume collettaneo a cura di P. Piovani, *La filosofia dell'esperienza comune di G. Capograssi*, Napoli, 1976; G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, 1976; V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, 1988; V. MURA, *Statualismo e diritto sociale. Il saggio di Capograssi sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici: esercizio sulle varianti delle due edizioni (1936-1939)*, Pisa, 1979; i contributi raccolti nel volume *Due Convegni su Giuseppe Capograssi*, Roma-Sulmona, 1986, Atti a cura di F. Mercadante, Milano, 1990; U. PAGALLO, *Ambiguità dello Stato sociale. Comunità politica nel pensiero giuridico-politico di Giuseppe Capograssi*, Padova, 1990; U. POMARICI, *L'individuo oltre lo Stato. La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1996; M.G. ESPOSITO, *Diritto e vita. La lezione di Capograssi*, Milano, 1997; G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giu-*



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

---

*seppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, cit., pp. 287 ss.; P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2006), ora in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 641 ss.; A. PUNZI, *Ambiguità del tempo presente. Scienza, diritto, libertà nell'ultimo Capograssi*, in F. Lanchester, T. Serra (a cura di), *Et si omnes ... Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, 2008, pp. 765 ss. (riveduto e aggiornato in *Dialogica del diritto*, cit., pp. 21 ss.); *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un maestro oltre il suo tempo*, a cura di A. Delogu, A.M. Morace, Bologna, 2009; M. COSSUTTA, *Intorno al colorito neo-romantico di Giuseppe Capograssi*, in *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, a cura di A. Ballarini, Torino, 2018, pp. 129 ss.

<sup>29</sup> Al di là di ogni facile ricerca di precorrimenti che sempre può annidarsi in un discorso che voglia mettere in tensione critica la tradizione della scienza giuridica con i bisogni di comprensione della contemporaneità, delle sue tendenze e delle sue articolate coordinate, una riflessione sul discorso giuridico, sulle sue pratiche, così come fu elaborata da Capograssi e valorizzata dalla storiografia giuridica in dialogo con i suoi insegnamenti, contribuisce alla chiarificazione di una esigenza che sempre più appare fondata e ineludibile. È ben noto, l'influsso esercitato da Capograssi su Orestano [v. R. ORESTANO, *La cartografia dell'esperienza giuridica di Capograssi*, in *Due convegni su Capograssi*, cit., p. 673; ID., *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 34 (1980), pp. 1174 ss. = *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 487 ss. Sul nesso Capograssi-Orestano v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, pp. 112 ss. e 120 ss. Per ulteriori rilievi cfr. P. GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in «Quad. fiorentini», 39 (2010), pp. 919 ss.; ID., *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di R. Orestano*, in «Quad. fiorentini», 17 (1988), pp. 533 ss., poi in «*Nobiltà del diritto*», cit., pp. 81 ss.; M. NARDOZZA, *Analisi del discorso giuridico e coscienza storica nel pensiero di Riccardo Orestano*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di A. Brugglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani, Pisa, 2017, tomo III, pp. 1855 ss.]. Ebbene, molto del lavoro critico che si è fatto su Orestano, o a partire da lui, si è sviluppato finora piuttosto come una prosecuzione della sua attività speculativa, al di là della normale fascinazione a cui soggiace sempre chi si metta a studiare un grande giurista, finendo non solo per assumere in proprio le sue ragioni, ma anche per imitarne lo stile. Nel caso di Orestano si è trattato anche di questo; con l'aggiunta, però, che il contenuto stesso del suo pensiero sembrava determi-

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

Il sintomatico ritorno alla vita e alla storia, la cui specificità è il risalto dato all'esperienza, consentiva di comprendere i caratteri essenziali di un'epoca. L'esperienza è, infatti, una sedimentazione sviluppatasi nel lungo termine e in grado di costituire la cultura. Esperienza è un altro modo di definire la tradizione. È da qui che il pensiero giuridico contemporaneo, atrofizzato nell'esaltazione postmoderna della propria fine, può ricreare la sua palingenesi<sup>30</sup>

---

nare precisamente questo atteggiamento come l'unico possibile. Ciò di cui sembra (a noi) esserci bisogno oggi nei confronti dell'opera di Orestano, contro la tendenza a proseguire il lavoro di storicizzazione, è uno sforzo di sistemazione che, senza pretendere a tutti i costi di riconoscerci un'articolazione teorica forte, per lo meno la interroghi quanto alla gerarchia interna dei suoi concetti e quanto a suoi nessi con la cultura e la scienza giuridica dell'epoca. Ciò non implica necessariamente l'assunzione di una posizione polemica nei confronti di Orestano; solo, il riconoscimento di una dislocazione, nella quale ci troviamo posti per la stessa distanza temporale che ci separa dall'opera e che la porta a noi nel quadro di una complessa 'storia degli effetti'. Di questa storia fa parte sia quello che ci è sembrato il 'manierismo' di molti orestaniani o comunque ispirato a Orestano; sia lo svolgersi del pensiero di Orestano in senso sempre più accentuatamente (così almeno pare a noi) decostruttivo delle immagini pandettistiche, sia in termini molto più generali, quello che ci sembra poter chiamare l'affermarsi dell'ermeneutica giuridica negli anni recenti, come vera e propria nuova *koiné* di una larga parte della nostra cultura. Quest'ultimo fatto, se è tale, impone agli interpreti una nuova responsabilità, il compito di fornire risposte e non più solo di porre, avanguardisticamente, domande.

<sup>30</sup> A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 427 ss.; P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, pp. 73 ss.; V. SCALISI, *Il no-*

e tirarsi fuori da una ‘impasse’ di lungo periodo. Peraltro, il pensiero giuridico italiano, nelle sue singole espressioni e nel suo complesso, è radicato in una tradizione già dall’inizio costruita intorno alle categorie cui si è fatto riferimento. Vita e storia costituiscono i pilastri portanti di un pensiero giuridico in buona parte estraneo alla tendenza nichilistica in cui rimane, invece, coinvolta una parte influente della scienza giuridica contemporanea.

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

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

---

*stro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Convegno internazionale di studio a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, pp. 3 ss.

<sup>31</sup>Come se lo spazio del pensiero giuridico fosse l’orizzonte che dà forma al tutto, lo spazio adeguato a un’invenzione – quella di ‘Europa del diritto’ – che tutto sommato non esiste fuori di esso, e lì anche trova e fonda la teoria dei propri confini. L’Europa del diritto, avrebbe detto Koschaker, si manifesta come ‘coscienza’ e intorno a questa idea egli pensò la sua classica opera *L’Europa e il diritto romano*; essa comprende un intero mondo giuridico e un insieme di punti di vista sul giuridico: P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano*, trad. A. Biscardi, introduzione di F. Calasso, Firenze, 1962. La prima edizione del libro è del 1947; altre edizioni apparvero nel 1958 e nel 1966. Su quest’importante autore v. G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz, 1978, pp. 112 ss.; T. GIARO, *Aktualisierung Europas: Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova, 2000; M.P. STRECK, G. DOLEZALEK, *Paul Koschaker*, in *Rektor der Universität Leipzig (Hrsg.), Jubiläen 2004. Personen-Ereignisse*, Leipzig, 2004, pp. 31 ss.; G. WESENER, *Paul Koschaker (1879-1951), Begründer der altorientalischen Rechtsgeschichte und juristischen Keilschriftforschung*, nel volume collettaneo K. Acham (Hrsg.), *Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz*, Wien-Köln-Weimar, 2011, pp. 273 ss.; T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951). Redis-*

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

#### 4. Geografia giuridica

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

I criteri cambiano e possono cambiare non solo da un luogo a un altro, secondo i costumi di ognuno, ma anche all'interno di una comunità stessa, per esempio al mutare dei regimi politici. Così, quando l'identitario assume i tratti della costruzione di una comunità nazionale, individuarla significa fissarne i contorni, e ciò non può realizzarsi tramite un'operazione di esclusione<sup>33</sup>. Di con-

---

*covering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg, 2018; *Methodenfragen der Romanistik im Wandel. Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*, herausgegeben von T. Beggio und A. Grebieniow, Tübingen, 2020.

<sup>32</sup> Cfr. L. BACCELLI, *Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti*, in *Jura Gentium*, 2009, accessibile all'URL: [http://www.juragentium.org/topics/rights/it/populi.htm#\\*](http://www.juragentium.org/topics/rights/it/populi.htm#*); V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, cit. Ritengo discutibile quanto argomentato da G. REBUFFA, *Osservazioni conclusive*, in M. Morisi, P. Paoli, M. Raiteri, G. Rebuffa, F. Zannotti, *I legislatori e il meccanismo parlamentare. Analisi delle interviste agli artefici della legislazione*, Padova, 1995, pp. 183 ss., allorché afferma (v. p. 191) «la cultura giuridica italiana appare troppo legata a schemi arcaici e lontani dall'integrazione tra studi giuridici, studi economici e studi politologici; integrazione che costituisce la forza di altre culture giuridiche».

<sup>33</sup> Il rischio è quello di uno smarrimento che intacca – trasformandolo – il rapporto tra il procedimento di connotazione di una provenienza nazionale e la pratica storiografica di definirne l'identità. Conviene scindere il significato logi-