

Sabino Cassese

La storia, compagna necessaria del diritto¹

Quel che dirò può essere così esposto in sintesi: diritto e storia sono buoni amici, ma spesso si tradiscono e il risultato è che la storia diventa falsa (e così pure il diritto). Occorre, quindi, che si facciano migliore compagnia, restando più fedeli l'uno all'altro (nonché alla propria vocazione).

Questa lezione, dopo una introduzione, sarà divisa in tre parti. Nella prima esaminerò quali usi della storia fanno i giuristi. Nella seconda quale tipo di storiografia fanno i giuristi. Nella terza, come le concezioni del diritto influenzano la storia.

Nel 1963, negli Stati Uniti d'America si discuteva della questione della segregazione razziale. Un giorno, in un ristorante di Baltimora, un gruppo di persone fece un "sit-in", occupando i locali per protestare contro la segregazione. Vennero arrestate e iniziò una procedura legale, avente ad oggetto il 14° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Questa norma è stata scritta nel 1866-1868, a seguito della Guerra civile, e contiene la clausola della "equal protection", dettata per sancire l'abolizione della schiavitù (gli Stati e il Governo federale non possono negare a nessuna persona, nell'ambito delle loro giurisdizioni, la "equal protection").

Alcuni sostenevano che la discriminazione in luoghi pubblici fosse illecita: un gestore di un ristorante non può permettersi di segregare o di non accettare gli afro-

¹ Lezione tenuta alla *Scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, nell'ambito del ciclo di conferenze organizzate dal Dipartimento di scienza del libro e del documento, Roma, 13 marzo 2009.

Sarà pubblicata nel fascicolo 3/2009 della rivista "Le Carte e la Storia".

americani. Altri, tra cui lo Stato del Maryland, invece, sostenevano che gli autori della clausola non avessero in mente l'idea del divieto della segregazione nei luoghi di "public accommodation", aperti al pubblico.

La Corte Suprema, nel 1964, prese una decisione ("decisione Bell"), le cui argomentazioni, sia quelle della maggioranza (opera del giudice Goldberg), sia quelle della minoranza, erano fondate sull'analisi storica. Una parte della Corte, citando numerose fonti (la corrispondenza del Justice Bradley e del Justice Woods e un libro di storia), giunse alla conclusione positiva, che gli afro-americani avevano diritto a non essere discriminati. L'altra parte, citando le stesse fonti storiche, giunse alla conclusione opposta².

Faccio ora un salto all'indietro di quaranta anni, varcando l'Atlantico per arrivare in Italia.

Pietro De Francisci, storico del diritto romano, nato nel 1883, rettore dell'Università di Roma negli anni '30 (ad eccezione degli anni 1932-35 in cui fu Ministro della giustizia), nella prolusione al corso di Istituzioni di diritto romano, letta a Padova il 22 gennaio 1923, affermò: *"ed importa perciò, in relazione con quel fine, vedere se l'indagine storica e la costruzione dogmatica, pur avendo oggetti, in parte, distinti, metodi disparati, scopi immediati diversi, non possano e non debbano invece considerarsi e svolgersi, in armonica concordia, l'una accanto all'altra, come due processi, ambedue legittimi e necessari, della conoscenza del diritto...."*. *"La funzione prima della conoscenza storica – considerata ai fini dell'educazione giuridica – è appunto di costituire un correttivo di visione ed una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica. L'indagine storica non presenta infatti il pericolo che la speculazione dello studioso abbia a considerare il mondo del diritto come esaurito dalle norme legislative o tutto rappresentato dalle costruzioni*

² Chi vuol saperne di più può consultare l'opera di C. A. Miller, *The Supreme Court and the uses of history*, Harvard University Press, 1969, p 189.

dogmatiche, perché nel suo sforzo di abbracciare la vita giuridica nella sua totalità e nel suo divenire essa non si arresta ai principi di quelle, ma cerca di rintracciarne le basi, la portata, l'efficienza nell'ambiente sociale e nella concretezza dei fatti. Ed evita così anche il pericolo che la dogmatica abbia a degenerare in un rigido dogmatismo, col porre in rilievo il rapporto fra lo svolgersi delle norme e quello dei fenomeni giuridici e la natura della relazione che passa fra la realtà giuridica e la costruzione dogmatica” “La storia giuridica, se vuol essere scienza e non un'esposizione cronologica di regole o di dottrine, deve imporsi come oggetto questa ricostruzione di istituti nella loro struttura e nella loro funzione, nella loro essenza e nelle loro relazioni con l'ambiente la rappresentazione delle loro variazioni ed infine la ricerca delle leggi di queste variazioni. E ciò allo scopo di poter ficcare il viso per lo fondo, attraverso i materiali offerti dal diritto positivo, dalla dogmatica, dalla giurisprudenza, dalla vita, nella vasta complessità del mondo giuridico...”³.

Passo a una data più vicina a noi, per evocare l'opera di Gino Gorla, comparatista, civilista, nonché storico (specialmente nell'ultima parte della sua vita). Suoi scritti sono raccolti in un libro intitolato *Diritto comparato e diritto comune europeo*⁴ nel quale afferma che *comparison involves history* (la comparazione comporta la storia) e ricorda che Maitland aveva scritto in un suo saggio il contrario, e cioè *“history involves comparison”*. L'inversione – osserva Gorla – si spiega perché *“seguendo il processo degli sviluppi e dei*

³ P. De Francisci, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, III, ottobre dicembre 1923, fasc. IV, p. 375, 383, 387. Per un quadro storico dell'evoluzione successiva, M. Nardoza, *Tradizione romanistica e “dogmatica” moderna. Percorsi della romano-civilistica nel primo Novecento*, Torino, Giappichelli, 2007, su cui M. Surdi, *“Scientia juris” e storia*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2008, n. 2 (dicembre), p. 547.

⁴ Milano, Giuffrè, 1981.

*contrasti tra i diversi paesi, s'intendono meglio i caratteri, gli atteggiamenti e le soluzioni concrete di un dato ordinamento giuridico in atto*⁵.

Ho cominciato con una vicenda che riguarda la Corte Suprema americana, la pubblicazione di uno storico del diritto che scrive nel terzo decennio del secolo e le parole di un "giurista positivo" che scrive nella seconda metà del XX secolo, per far intendere quanto diversamente viene intesa la storia dai giuristi.

Nel primo caso, la storia è strumento del ragionamento giuridico. La Corte suprema americana usa la storia per dimostrare affrontare il problema delle discriminazioni. De Francisci invoca la storia contro la dogmatica nell'educazione giuridica, come un correttivo del metodo giuridico. Gorla parla della storia in un'altra funzione, come mezzo di comprensione del diritto: soltanto studiando l'evoluzione di un ordinamento, si possono notare somiglianze e contrasti con altri ordinamenti.

Di ognuna di queste tesi potrebbe dubitarsi. Della prima perché assegna alla storia solo una funzione persuasiva. Della seconda perché lega l'utilità della storia al metodo dogmatico, quasi che poi, cessato il ricorso ad esso, la storia non avrebbe alcuna utilità. Della terza perché considera il compito della storia come ancillare, in quanto serve a comparare.

La storia è una compagna necessaria del diritto. A riprova di questa affermazione, si provi a comparare il diritto e le altre scienze sociali. Vi sono storici del diritto, cioè storici che lavorano sulla materia giuridica, e giuristi storiografi, sia del pensiero giuridico, sia delle istituzioni. Lo stesso non accade per la sociologia, per la scienza politica (salvo l'eccezione della storia delle dottrine politiche) e per l'economia (salvo la storia del pensiero economico). Le relazioni tra diritto e storia sono più forti delle relazioni tra le altre scienze

⁵ Op. cit., p. 42.

sociali e la storia. La storia ha un ruolo molto più importante per il giurista, di quanto non l'abbia per il sociologo, per l'economista, per il politologo.

Come si spiega questa speciale relazione? Forse con la circostanza che il diritto è scienza sociale di più antica formazione (l'economia diventa scienza soltanto nel XVIII secolo, la scienza politica è ancora più giovane). O con il fatto che il diritto è la scienza sociale che ha avuto maggiore e più complessa articolazione.

Passo ora al primo tema: quali usi della storia fanno i giuristi? Questi ultimi, purtroppo, usano belle parole, ma seguono pessime pratiche. Proverò a spiegare questa conclusione con qualche esempio. Il primo attiene all'abuso giuridico della storia (qui parlerò di Savigny). Il secondo alla non storia degli storici del diritto (qui mi riferirò agli studiosi di storia del diritto romano e di storia del diritto in generale). Il terzo all'uso storico del passato da parte dei giuristi (qui mi riferirò ai cosiddetti giuristi positivi). Il quarto all'uso retorico della storia (e qui parlerò dei giudici). L'ultimo all'uso della storia fatto dagli storici (del diritto) di professione.

Friedrich Carl von Savigny e il suo allievo Georg Friedrich Puchta, attivi nella prima metà del XIX secolo, sono stati i fondatori del metodo logico-sistematico. Sono nostri contemporanei, perché ogni giurista vivente, in Italia e fuori d'Italia, lavora usando i loro metodi concettuali.

Savigny si oppose alla codificazione del diritto, proposta nell'area germanica ancora non unificata, brandendo il vessillo della storia. Fu contrario alla consacrazione delle norme giuridiche in codici, perché – egli scrisse – il diritto è creazione della società. In esso è la società che si esprime. Savigny costruì il diritto come un sistema stabile di concetti, destinato a sfidare la storia. Esso è un *“tutto organico, determinato dalla continuità tra passato e presente”*. Compito della scienza giuridica è di *“risalire alle radici di ogni*

*materiale dato, e scoprire così il suo principio organico, per modo che si separi da esso ciò che ha ancora vita da ciò che è già morto, e che solo in tal senso appartiene alla storia*⁶.

Il fondatore della scienza giuridica di oggi rimase impigliato in una contraddizione. Da un lato, si oppose, in nome della storia, alla codificazione; dall'altro, presentò il diritto come costruzione logico-sistemica, che si oppone alla storia.

Uno studioso italiano si esprime così su questa contraddizione: *“malgrado il suo nome, la “scuola storica del diritto” accolse, e dall’iniziale pandettistica settecentesca e dalla sua versione filosofica, la sua metodologia e l’esigenza di unità sistemica, dandoci una prima e cosciente definizione di ciò che si sarebbe, poi, inteso universalmente per dogmatica e, cioè, un complesso di mezzi e di metodi diretti a conseguire l’ideale di un sistema di diritto”*. *“Ma a noi pare che, nella contraddizione interna tra l’esigenza storicistica, solo verbalmente affermata ed in sede di problemi generalissimi (quali quello della codificazione), e l’esigenza dogmaticizzante, completamente accettata, sia già contenuta in nuce la problematica che la funzione della dogmatica non avrebbe mancato di suscitare e, in certo modo, sia presentita la stretta connessione tra l’aspetto logico e sistemico, proprio della dogmatica, e l’esigenza storicistica, non chiaramente formulata, di cui la “scuola storica” era portatrice*⁷.

Se si ritorna per un momento a De Francisci, che contrappone dogmatica e storia, per sostenere che la storia deve essere un correttivo della dogmatica, si può notare il viluppo di contraddizioni: la scuola storica del diritto (così si chiamò quella di Savigny), in nome della storia, costruì un edificio, la dogmatica, per evitare gli errori del quale De Francisci, nel

⁶ F. C. Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), trad. it., Verona, Minerva, 1857, rist. Bologna, Forni, 1968, p. 101 e 173 (si veda anche la traduzione francese, Paris, PUF, 2006, a cura e con un saggio introduttivo di A. Dufour, nonché O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800 – 1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Puf, 2005, p. 11 ss.).

⁷ Enrico Paresce, *Dogmatica giuridica*, in “Enciclopedia del diritto”, 1964, pp. 682-683.

1923, invocava la storia. La stessa arma che Savigny aveva utilizzato per la sua azione, viene evocata da De Francisci per correggere i risultati dell'opera di Savigny.

Questo è il primo nucleo di contraddizioni tra storia e diritto. Passo ora alla “non storia” degli storici del diritto, partendo dal diritto romano.

Se si apre un libro di storia del diritto romano, si scopre che vi si parla della *praefectura*, come se qualcuno potesse domani diventare *praefectus praetorio*, o *praefectus urbi*, o *praefectus annonae*. Quelle istituzioni non esistono più, ma ci vengono presentate come se fossero vigenti, come se si dovesse pagare l'imposta fondiaria (*annona*), come se qualcuno potesse diventare *procurator ludi*, come se potesse oggi stipularsi un contratto tra *mancipio dans* e *mancipio accipiens*.

La storia del diritto romano viene studiata come storia di un diritto romano attuale, vivente. Quindi, studio delle istituzioni romane avulso dalla cultura e dalla società romane e senza alcuna relazione con l'esame del valore attuale del diritto romano. Ovvero diritto romano inteso come un cantiere nel quale si trovano le tavole di tutto il diritto successivo, la sua grammatica. Che, proprio perché attualizzato forzatamente, ci appare lontano, mentre una vera conoscenza storica sarebbe capace di restituirci l'interesse per esso.

Si aggiunga che la superfetazione di studi storici di una realtà non più attuale e tanto lontana rende incomprensibile lo stesso diritto romano, perché crea un effetto “vetro smerigliato”, che impedisce di vedere l'oggetto nella sua realtà concreta, il diritto romano di coloro che vivevano nella società romana.

Ora, se gli storici non ci danno la chiave per l'interpretazione del diritto romano, questo resterà un mondo separato. Per comprendere il diritto romano come fatto storico, e per intenderne il valore attuale, bisogna leggere le opere dei romanisti inglesi o americani. Ciò è un paradosso, perché in Italia vi è un numero di studiosi di diritto romano molto

superiore a quello degli studiosi di diritto romano di tutte le altre parti del mondo messe insieme. Quindi, dovremmo essere all'avanguardia nello studio e nella comprensione storica del diritto romano.

Per altro verso, molti dei nostri romanisti cercano di superare le barriere della loro disciplina, forse rendendosi conto che essi stessi l'hanno chiusa quasi in un ghetto. Mi limito a segnalare l'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* di Riccardo Orestano (pubblicata nel 1953 e poi ripubblicata, con modificazioni, nel 1987), *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, di Aldo Schiavone e il recente *Storia di Roma tra diritto e potere*, di Luigi Capogrossi Colognesi⁸. Queste opere hanno alcuni tratti in comune: abbandonano le descrizioni troppo analitiche, che fanno perdere di vista il flusso degli eventi e la loro direzione; ampliano lo sguardo dal diritto al potere e alla cultura; integrano l'analisi storica con l'esame dell'evoluzione della storiografia, per far acquisire consapevolezza del diverso metodo nello studio del diritto romano nel tempo trascorso.

Passo ora al tradimento della storia che fanno i cosiddetti giuristi positivi. Mi aiuta un libro importante di Guido Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie 1815-1861*⁹. L'autore era uno dei maggiori magistrati amministrativi italiani, presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Questo libro è articolato nelle seguenti parti: territorio, popolo, governo, amministrazione centrale, esercito, marina, amministrazione civile, giustizia, esperimenti costituzionali. Nel capitolo dedicato all'amministrazione comunale, vi sono paragrafi sul cassiere dell'amministrazione comunale, sulle rendite del comune e sui dazi comunali,

⁸ Bologna, il Mulino, 1987, il primo volume (nel quale si segnala, in particolare, l'appendice seconda, *Sul problema della "storia"*); Torino, Einaudi, 2005 il secondo; Bologna, il Mulino, 2009 il terzo.

⁹ Milano, Giuffrè, 1977, 2 tomi, pagg. 1214.

trattati come se dovessimo oggi pagare i dazi comunali nel Regno delle Due Sicilie o potessimo fare lì un concorso per cassiere comunale.

Ora, questa sorta di riproduzione del passato nel presente non è affatto analisi storica, è semplicemente descrizione di un evento del passato ricostruito “com’era e dov’era”.

I giuristi, così, dicono di apprezzare la storia, ma non fanno opera di storici, espongono ingenuamente il diritto positivo del passato. Non tengono conto della distinzione tra interprete e storico. L’interprete di un diritto vivente deve comprendere il diritto per trarne linee di azione, prescrizioni. Lo storico ha un altro compito, il suo comprendere è un fine in sé. Questa ed altre differenze furono poste in luce già nel 1939 da Piero Calamandrei, in un bello scritto su *Il giudice e lo storico*¹⁰, nel quale l’autore criticava la riduzione dell’attività giudiziaria a storiografia.

Ma vi sono casi meno eclatanti, anch’essi fuori quadro. Molti giuristi, studiosi e giudici, fanno uso della storia, ma la intendono in senso limitatissimo, come ricostruzione degli intenti del legislatore (storia genetica) e come analisi delle applicazioni e degli sviluppi di una certa norma. Così facendo, i giuristi non sono storiografi. Trasportano nella storia il loro pregiudizio positivisticò, mettendo al centro la legge. Ne esaminano soltanto alcune vicende esteriori.

Un altro uso della storia è quello di chi l’adopera come strumento per costruzioni teoriche. E’ stato osservato che, in tal caso, la storia è un “subcontractor whose job [is] finished only when it ha[s] laid the foundations of principles”¹¹. Il cartesianismo applicato alla storia, la sua utilizzazione come mezzo di razionalizzazione rappresenta un altro tradimento della sua vocazione.

¹⁰ In “Studi in onore di Besta”, Milano, Giuffrè, 1939, p. 353.

¹¹ R. W. Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, “Yale Law Journal”, vol. 90, n.5, April 1981, p. 1026.

Un ultimo tipo di uso della storia fatto dai giuristi è quello pragmatico o strumentale, nel quale la storia serve a convincere (o a vincere una causa). Qui la storia serve come il precedente e come l'invocazione dell'autorità della "dottrina", è misurata sulla sua efficacia, non per la sua accuratezza e completezza o per il suo rigore.

Infine, vengono gli storici del diritto. Qual è la loro storia? Essa è storia del diritto medioevale e storia del pensiero giuridico. Gli storici professionali del diritto sono fermi ad una tradizione di origine romanistica, che li lega alla storia del diritto romano e alla storia del diritto medioevale, intesa come storia della ripresa di tradizioni giuridiche romanistiche. Manca la storia delle istituzioni. Se si vuole apprendere la storia delle istituzioni preunitarie e unitarie, occorre leggere i lavori storiografici degli storici generali o degli storici delle istituzioni.

Insomma, la storia del diritto tarda ad avvicinarsi ai giorni nostri (tra le eccezioni vanno ricordati almeno i contributi di Giuliana D'Amelio su *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*¹² e di Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*¹³, che spingono l'analisi sulla storia moderna, con attenzione alle vicende delle istituzioni, oltre che a quelle del pensiero giuridico), tarda a diventare storia delle istituzioni complessive, non necessariamente storia soltanto delle leggi.

Ma non è quello tematico l'unico limite della storia del diritto. Ve n'è un altro, costituito dalla incertezza sul metodo. Qual è il metodo che deve seguire lo storico se vuole studiare le istituzioni e stabilire un legame con il diritto?

Prendo due esempi. Charles Tilly, studioso americano, ben noto in Italia, ha scritto opere fondamentali sulla storia dello Stato. Egli era, accademicamente, uno storico, ma anche un "political scientist". Jean-Yves Dormagen, studioso francese, ha scritto di recente

¹² Milano, Giuffrè, 1965.

¹³ Torino, Giappichelli, 2002.

un libro sullo Stato fascista, nel quale esamina la vicenda delle amministrazioni parallele. L'autore è un "political scientist", oltre che storico.

C'è da chiedersi: è vero quanto ha affermato Vincent Wright¹⁴, che il comparatista e lo storico lavorano necessariamente su due piste diverse, nel senso che il secondo deve essere attento al fatto individuale, il primo deve generalizzare e, quindi, necessariamente semplificare? Sono questi necessariamente mestieri diversi? Perché essi convivono in Tilly, Dormagen e nello stesso Wright? Perché il comparatista non deve essere allo stesso tempo attento ai singoli eventi, ai fatti singoli, e, a sua volta, lo storico non può interessarsi anche ai grandi modelli, alle tipologie?

Molto migliore lo stato della storiografia del pensiero giuridico. Questa ha conosciuto un nuovo esordio con la creazione, nel 1971, del fiorentino "Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno", che ha finora prodotto 37 "quaderni" e ben 84 titoli della "biblioteca". Il centro si è dedicato all'analisi di ogni settore del diritto moderno. È orientato verso lo studio di teorie ed ideologie dei giuristi, ma senza tralasciare l'esame di contesti e di interessi che sono alla base di teorie ed ideologie. Raccoglie ricerche che vertono prevalentemente sulle pubblicazioni dei giuristi, ma senza dimenticare la formazione più interna del pensiero giuridico, quale si può trarre da epistolari e, in generale, da carte di archivio. Lo scritto del fondatore e direttore (per un trentennio) della scuola fiorentina, vertente sulla scienza giuridica italiana¹⁵, può considerarsi il prodotto più maturo del centro.

L'ultimo tema, quello della influenza delle concezioni del diritto sulla storiografia giuridica, richiede un esame più breve.

¹⁴ V. Wright, *The Path to Hesitant Comparison*, in H Daalder (ed.), *The Intellectual Autobiography of Comparative European Politics*, London, Cassell, 1997, p. 162.

¹⁵ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860 – 1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

Finora ho considerato il dialogo tra diritto e storia, tra giuristi e storia, tra falsi giuristi e falsi storici. Vediamo ora come influenzano la storiografia le concezioni giuridiche.

I giuristi hanno parecchi *mea culpa* da fare: hanno ereditato la tradizione napoleonica, per cui il diritto è la legge, non ciò che dispone il giudice, non il lavoro della scienza giuridica. Se il giudice deve interpretare secondo canoni stabiliti dallo stesso legislatore, non è creatore di diritto. Nelle università si insegna più il codice civile che il diritto civile.

Questa diffusa concezione ha influenzato gli storici del diritto, che si sono fatti attrarre anche essi dal diritto – legge, ponendolo al centro delle loro riflessioni (nonostante che molti abbiano pagato un tributo nominalistico alla teoria romaniana dell'ordinamento). Interessi, prassi, consuetudini, comportamenti, valori, opinione pubblica, le prescrizioni legali più minute (come le circolari amministrative) passano in secondo piano.

Ora che il diritto esce dagli anni bui del peggiore kelsenismo e ristabilisce i legami a lungo spezzati con le scienze sociali, anche gli storici debbono cercare una nuova integrazione.

Un solo esempio. Chi voglia indagare storicamente la razionalizzazione De Stefani del 1923–1924 non può fare a meno di ricostruire le serie storiche dei dipendenti pubblici, di risalire al dibattito giolittiano sulla burocrazia, di esaminare il gran numero di regolamenti e circolari che accompagnò i provvedimenti normativi, di studiare le reazioni dei funzionari e dell'opinione pubblica.

Questo può comportare che la storia del diritto confluisca nella storia *tout court*.

Concludo negli stessi termini con i quali ho iniziato. La storia è compagnia necessaria del diritto. Ma questa unione va presa sul serio, non a parole. E deve essere una unione a parti eguali, sia su un lato, sia sull'altro, e senza tradimenti.