

Scienza e Nazione. Sulle origini del diritto italiano nella storiografia giuridica di fine Ottocento*

Aldo Mazzacane

1. Se si volessero condensare in una formula riassuntiva i motivi ispiratori che maggiormente animarono le ricerche di storia del diritto in Italia dopo l'unità, si potrebbero indicare tre elementi soprattutto che, variamente combinati e intrecciati fra loro, deltero luogo via via, attraverso passaggi non lineari né incontrastati, al costituirsi di una disciplina scientifica che agli inizi del nuovo secolo, pur conservando tensioni interne e larghi margini di divergenze, aveva ormai caratteri propri e ben definiti di specializzazione¹.

Il primo ed il più incisivo, almeno a giudicare con l'ottica di credi non disinteressati, fu rappresentato appunto dalla tendenza a fissare i suoi fondamenti di scienza attraverso la determinazione di uno specialismo riconoscibile per i metodi adoperati e per gli oggetti di studio prescelti. Non più corredo erudito dell'intellettuale formato secondo i canoni dell'enciclopedia tardoumanistica, né strumento prestigioso per il giurista avvezzo a considerarsi come l'interprete privilegiato della società, e neppure supporto indispensabile per districare gli affari concreti di una pratica forense ancora ingombra dei retaggi di sedimenti lontani, —

* Questo contributo uscirà negli Atti del Convegno «La cultura storica in Italia tra Otto e Novecento» a cura di F. Tessitore

¹ Per un quadro ampio e dettagliato della storiografia giuridica italiana tra otto e novecento, è d'obbligo il riferimento al lavoro ormai classico di B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946* (1947), ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, pp. 105-72, al quale rinvio per informazioni più esaurienti, limitandomi a fornire qui, in luogo di una ricostruzione completa, qualche prospettiva d'interpretazione. Brevi osservazioni sul periodo considerato si leggono anche in E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in: *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, pp. 787-88. Conserva ancora una sua utilità A. SOLMI, *La storia del diritto italiano* (= Guide bibliogr. Fondaz. Leonardo), Roma 1922.

l'autorità della tradizione romanistica filtrata dal *jus commune*, le peculiarità del *jus proprium* degli ordinamenti regionali e locali, — la storia del diritto venne disponendosi come attività storiografica che trovava in se stessa le proprie sollecitazioni e giustificazioni.

Va detto, per l'esattezza, che i protagonisti coltivarono un'immagine diversa. Essi tennero sempre a rappresentarsi soprattutto come giuristi, e tale pretesa andrà valutata adeguatamente, se si vorranno cogliere le caratteristiche della storiografia giuridica tra otto e novecento e, indirettamente, certe sue ricorrenti «crisi d'identità», che si prolungano sino ai giorni nostri.

Infatti l'itinerario descritto non venne imboccato in maniera univoca, né secondo un programma consapevole e chiaro fin dall'inizio. Gli storici-giuristi delle prime generazioni post-risorgimentali si trovarono di fronte al compito urgente di contribuire al rafforzamento della raggiunta unità politica del paese raccogliendo le richieste che provenivano in modo pressante dai circoli più preoccupati di ancorare ad un passato comune il principio etico della convivenza civile della nazione. Sollecitazioni ancor più insistenti giungevano dai tecnici del diritto, impegnati a rendere armonici e a radicare nella società gli ordinamenti della «nuova Italia». Occorreva una larga opera di consolidamento dello Stato, minacciato dalla fragilità delle sue strutture istituzionali e dall'inasprirsi di una «questione sociale» sempre più devastante, allargando il consenso, fissandone i fondamenti culturali e morali attraverso l'«invenzione di una tradizione» e la determinazione dei caratteri di un ordinamento e di un sapere giuridico «nazionale», in grado di confrontarsi efficacemente con le maggiori esperienze europee.

Perciò, per restare nello schema proposto, occorre considerare distintamente gli altri due elementi che componevano il quadro della storiografia giuridica: da un lato gli impulsi che si generavano dall'incontro delle tradizioni patrie con i grandi modelli stranieri, soprattutto tedeschi, dall'altro quelli che scaturivano dagli sviluppi del sapere giuridico. Entro questi poli, e dal sovrapporsi delle suggestioni che ne derivavano, si precisarono i tratti disciplinari della storia del diritto. Essa fu attratta fin dall'inizio, prevalentemente, dai temi medievalistici che agitarono le ricerche storiche in genere, le quali — come è noto — vennero assumendo nel corso dell'ottocento, non solo in Italia, ambizioni e significati sempre maggiori. Il

medio evo come epoca di fondazione dell'Europa moderna e come nascita dei moderni popoli s'impone ovunque come tema di riflessione e terreno per l'elaborazione di miti². Agli storici del diritto italiani, per i quali il problema storiografico era reso sotto ogni aspetto più complicato della questione aperta della continuità del diritto romano, compete di esprimere una parola di non poco conto circa i fatti e i momenti che costituivano il germe, ininterrottamente sviluppatosi, del successivo destino unitario. Al pari della lingua, del pensiero politico e delle forme costituzionali, anche le istituzioni e il pensiero giuridico andavano definiti nei loro principi costitutivi, superiori ad ogni frammentazione politica, risalendo nel loro svolgimento sino alle origini, nel profondo dell'età medievale.

«Secolo della storia» e «secolo della scienza», come ripetutamente è stato descritto, il XIX infatti fu anche il secolo delle ideologie ed il secolo del diritto, per il rilievo che i principali aspetti della vita associata, il loro ordine, la loro comprensione, organizzazione e direzione, si videro riconosciuti. Il vaglio più rigoroso dei fatti e dei testi, la più sorvegliata cautela d'ordine filologico o erudito, trascorrevano perciò fatalmente nella elaborazione di stereotipi e ne ricevevano suggestione e alimento. Fuori da questo intreccio, non sempre soffocante, anzi spesso vitale, non si comprenderebbero appieno molti dei dibattiti, delle polemiche, degli episodi maggiori e minori che appassionarono gli studiosi, e gli storici giuristi tra i primi.

2. Le celebrazioni per l'ottavo centenario dell'università di Bologna, per le discussioni scientifiche in cui s'inserivano e che stimolarono, per il significato politico e la trasparente simbologia da cui furono accompagnate, rappresentano un episodio eloquente in proposito³. Tra i numerosi dello stesso segno, esse rivelano con chiarezza la forte pressione che i motivi ideologici esercitavano sulla cultura storico-giuridica contemporanea. Sotto l'egida carducciana, in una città nella quale la memoria del medio evo persisteva tenace nelle strade e negli edifici, rivissuta e reinterpretata

² Vedi da ult. la raccolta di saggi *Il Medioevo nell'Ottocento in Italia e Germania*, a c. di E. ELZE e P. SCHIERA, Bologna-Berlin 1988.

³ La prospettiva che si suggerisce è presente nel catalogo della mostra promossa dall'Istituto Gramsci di Bologna, *Lo studio e la città. Bologna 1888-1988*, a c. di W. TEGA, Bologna 1987.

dall'immaginario tardo-romantico che ne ispirava i restauri⁴, rievocare la «rinascita» degli studi giuridici avvenuta nell'undicesimo secolo equivaleva a esaltare uno dei contributi salienti recati dallo spirito italiano all'esperienza europea ed alla stessa definizione dell'identità nazionale: la civiltà del diritto, maturata insieme con il fiorire della civiltà comunale.

Il ritratto d'Irnerio del Serra in Palazzo d'Accursio e la sistemazione in S. Francesco delle arche dei glossatori, realizzati allora⁵, riassunsero così molti simboli e resero tangibile, ai giuristi impegnati nel lavoro storico, il senso di adempiere ad un alto compito di educazione civile e patriottica. «Festa d'accademia», quale sarebbe stata «finché l'Italia fu serva e partita», ora ch'essa era «patria d'un popolo libero», l'iniziativa assumeva addirittura i caratteri di un «dovere nazionale»: «La lode e il vanto è di Bologna, ma l'onore e l'ideale grandezza è d'Italia. Il nostro Studio nacque e crebbe col popolo italiano rinnovellato, e il latino dei Glossatori risuonò tra lo strepito delle armi e le voci di libertà dei Comuni sorgenti⁶. I glossatori e l'università di Bologna entravano così a pieno titolo nel Pantheon della nazione a suggellare con un emblema ricco di prestigio il ruolo che la cultura e le professioni giuridiche esercitavano nella direzione politica del paese.

Pur se accompagnate da qualche inevitabile forzatura, che suscitò anche riserve, le celebrazioni diedero comunque un forte impulso alle ricerche⁷. Proprio nel 1888, mentre il Gaudenzi avviava la serie della *Bibliotheca juridica medii aevi*, cui altre imprese seguirono fin nel nuovo secolo, arricchendo notevolmente la conoscenza delle fonti per la

⁴ Richiama l'attenzione con acutezza sulla fertilità delle indagini volte a chiarire simili aspetti I. PORCIANI, *Il medioevo nella costruzione dell'Italia unificata: la proposta di un mito*, in: *Il Medioevo nell'Ottocento*, cit. pp. 163 ss. Vedi intanto, per i restauri di Bologna: Alfonso Rubbiani: *i veri e i falsi storici*, a c. di F. SOLMI e M. DEZZI BARDESCHI, Bologna 1981; per Siena: Giuseppe Partini *architetto del purismo senese*, a c. di M.C. BUSCIONI, Milano 1981.

⁵ Cfr. in particolare C. POPPI, *La trasfigurazione dell'antico Studio nell'iconografia bolognese tra Serra e De Carolis*, in: *Lo studio e la città*, cit., pp. 74-76; R. GRANDI, *Alla riscoperta dei monumenti dei dottori*, ivi, pp. 62 ss.; O. MAZZEI, *La Bologna -analoga e scenografica-* di Alfonso Rubbiani, ivi, pp. 65 ss.; vedi anche ID., *La Striglia nel fianco*, in: *Alfonso Rubbiani*, cit., pp. 54-56.

⁶ Le espressioni citate sono tratte dal manifesto del 4 febbraio 1887, redatto dal Comitato esecutivo per le celebrazioni dell'VIII Centenario dello Studio bolognese, riprodotto in: *Lo Studio e la città*, cit., p. 13.

⁷ Notizie sulle pubblicazioni stimulate dal centenario in L. SIMEONI, *Storia dell'Università di Bologna*, Bologna 1947, vol. II, *L'età moderna*, pp. 227 ss.

storia dello Studio bolognese e dei suoi dottori, altri lavori apparvero, volti a chiarire quell'evento decisivo nella storia giuridica dell'Occidente⁸. Essi s'incentrarono, significativamente, sul problema delle «origini» dell'università, ispirando tra gli altri uno scritto del Tamassia che le collegava con la perdurante influenza delle antiche scuole imperiali romane e che provocò un'aspra polemica con Francesco Schupfer⁹. Del resto, lo stesso ordine di questioni aveva investito da tempo le indagini sulle città italiane nel medio evo, tema per molti versi centrale della medievistica¹⁰. Conquista di libertà già in Muratori, le repubbliche comunali erano apparse nell'opera del Sismondi come il paradigma della rinascita dell'Italia, dei suoi progressi e della sua decadenza, trasformandosi così agevolmente in una sorta di programma civile, destinato ad influenzare profondamente ceti dirigenti e opinione pubblica almeno fino al '48¹¹. L'accentuazione del significato attribuito ai comuni italiani s'intrecciò con i giudizi sulle forze germaniche operanti nell'alto medioevo all'interno di uno sforzo di comprensione a fini di risorgimento nazionale, restandone condizionato e ravvivando l'appassionato dibattito sulla «questione longobarda»¹², sviluppatosi dal Manzoni al Troya, al Balbo, allo Sclopis, al Capponi e al Capei. Ma nella storiografia giuridica successiva all'unità il tema della città si era in qualche modo appannato, nel senso almeno che le robuste indagini degli studiosi tedeschi apparse nel frattempo — dal Leo a Bethmann-Hollweg, a Carl Hegel e al Ficker — sembravano sconsigliare una ricostruzione specifica complessiva, senza aver prima approntato, secondo i metodi critico-filologici di cui veniva

⁸ Il suo rilievo è illustrato, in una visione d'ampio respiro, da M. BELLOMO, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Catania 1979.

⁹ N. TAMASSIA, *Bologna e le scuole imperiali di diritto*, in «Archivio Giuridico», 40, 1888, pp. 401-48; e *Le origini dello Studio bolognese e la critica del prof. F. Schupfer*, Bologna 1888. Gli scritti di quest'ultimo, dello stesso anno, confluirono poi in F. SCHUPFER, *Le origini dello Studio di Bologna*, Roma 1889. Sull'A. cfr. ora E. CAPUZZO, *Per una rilettura di Francesco Schupfer storico del diritto*, in «Clio», 22, 1986, pp. 647-69.

¹⁰ G. TABACCO, *La città italiana fra germanesimo e latinità nella medievistica ottocentesca*, in: *Il Medioevo nell'Ottocento*, cit., pp. 23-42.

¹¹ M. MINERBI, *Analisi storica e costituzionalismo in Sismondi*, in: *Sismondi européen*, «Actes du Colloque», Genève-Paris 1976, pp. 225-40; per l'influenza in Italia, S. LENER, Prefazione a J.C.H.L. DE SISMONDI, *Storia delle repubbliche italiane nel Medio Evo*, Roma 1968.

¹² Vedi per tutti G. FALCO, *La questione longobarda e la moderna storiografia italiana* (1951), ora in *Pagine sparse di storia di vita*, Milano-Napoli 1960, pp. 11-26, ma la letteratura, anche recente, com'è noto è assai ampia.

l'esempio da oltralpe, i materiali vastissimi necessari per una simile impresa.

L'alta civiltà comunale divenne così per lungo tratto un capitolo delle storie più generali del diritto «italiano», alle quali ci si sarebbe dedicati ben presto, oppure oggetto di ricerche particolari e pubblicazioni di fonti, specie statutarie¹³, che per una parte si collegavano con antiche tradizioni municipali, per l'altra con l'impulso fornito agli studi dalle istituzioni nuove della ricerca¹⁴. Valga il caso, tra gli altri, del Bonaini, del Campori, del Gloria, del Lattes, dello Zdekauer e, per l'Italia meridionale, dell'Alianelli, del Volpicella, del La Mantia, del Capasso.

Il concentrarsi dell'attenzione sul problema delle origini — in sostanza sull'età altomedievale — riguardo alle vicende tanto dell'università, quanto degli ordinamenti comunali, aveva però anche altri motivi, più propri dell'esperienza giuridica contemporanea. In quell'epoca infatti si era prodotto il maggior sconvolgimento nella sfera del diritto di tutta la storia dell'Occidente. Con la fine dell'impero romano erano state investite e travolte non solo le istituzioni politiche e le strutture costituzionali, bensì i modi stessi di determinazione delle regole, di individuazione ed elaborazione delle fonti normative. Per giuristi che sperimentavano un altro mutamento di proporzioni «epocali» — il passaggio dal sistema giurisprudenziale del diritto comune al sistema legislativo delle costituzioni scritte e dei codici — interrogarsi su quelle «origini» voleva dire porsi il quesito essenziale della continuità e delle cesure nella vita del diritto, delle persistenze e delle trasformazioni nella scienza e negli ordinamenti.

Il grande tema del contrasto fra «latinità» e «germanismo», già sollevato nella polemica tra Boulainvilliers e Dubos e poi ripreso in tutt'altri termini dalla storiografia liberale francese, che svolgeva un ruolo determinante nella medievistica italiana dell'ottocento, assumendovi le più varie coloriture, — come contrasto

¹³ Per queste, cfr. in part. G. FALCO, *L'attività italiana sulle fonti medievali nell'ultimo settantennio*, in: *La pubblicazione delle fonti del Medioevo negli ultimi 70 anni (1883-1953)*, a c. dell'Istituto storico italiano per il Medioevo, Roma 1954, pp. 19-20.

¹⁴ Restano fondamentali le pagine di E. SESTAN, *L'erudizione storica in Italia in: Cinquant'anni di vita intellettuale italiana 1896-1946*, Milano-Napoli 1950, pp. 426-44. Molto utile il lavoro di I. PORCIANI, *L'Archivio storico italiano. Organizzazione della ricerca ed egemonia moderata del Risorgimento*, Firenze 1979 (con ampia discussione critica della letteratura).

d'istituzioni, di civiltà, di popoli o di razze¹⁵, — orientava dunque prepotentemente la ricerca degli storici del diritto, ma riceveva anche una curvatura particolare. Sul terreno degli studi giuridici infatti l'empito patriottico-risorgimentale, gli ideali nazionali, e poi l'ambizione di formularli nei termini di una positivista scienza, s'incontravano con i tentativi non solo di individuare dentro i conflitti dell'età medievale tra romani e barbari i caratteri originari delle popolazioni italiane, ma anche di cogliervi le costanti, più forti d'ogni divisione, gli elementi comuni nei quali si radicava e legittimava il nuovo ordinamento unitario.

3. A complicare ulteriormente il raccordo tra prospettive storiografiche e riflessione giuridica, intervenne la crescente fortuna delle opere della Scuola storica tedesca, sia romanistiche, sia (in misura minore) germanistiche¹⁶. La loro efficacia era tanto più forte, in quanto saldavano la visione storica con una concezione nuova del diritto e una valutazione apertamente programmatica del ruolo della giurisprudenza e dei suoi compiti «attuali»¹⁷. Esse inoltre fornivano il modello di un metodo critico e filologico, del quale non si avevano molti equivalenti in Italia e con cui il confronto diventava obbligato.

Del resto, l'interesse medesimo per le «origini», per la genesi dei fatti storici e dei documenti, unito all'inclinazione comparatistica volta a scopi di catalogazione e classificazione, l'uno e l'altra comuni in quel fenomeno culturale poliedrico e tormentato, spesso contraddittorio, che fu il positivismo italiano, tendeva a sospingere la

¹⁵ Pregevoli analisi si leggono in E. ARTIFONI, *Medioevo delle antitesi. Da Villari alla «Scuola economica-giuridica»*, in «Nuova riv. storica», 68, 1984, pp. 367-80; e M. MORETTI, «L'Italia, la civiltà latina e la civiltà germanica» (1861). *Sulle origini degli studi medievistici di Pasquale Villari*, in: *Il Medioevo nell'Ottocento*, cit., pp. 299-371. Sempre da vedere, comunque G. TABACCO, *Egemonie sociali e strutture del potere nel Medioevo italiano*, Torino 1979. Introduz. storiografica, pp. 3-47.

¹⁶ Concordemente riconosciuta in termini generali, la diffusione in Italia delle dottrine straniere richiede ulteriori indagini, più esaurienti e circostanziate, su modi, ambienti e protagonisti. Per le traduzioni, che ne costituiscono una componente di rilievo, cfr. ora M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli 1987: nonostante alcuni difetti tecnici e l'omissione di un cenno sui criteri di inclusione e di esclusione, il *Repertorio* è di grande utilità, mentre risulta invecchiato, sul piano critico e bibliografico, il pur ampio saggio introduttivo.

¹⁷ Per un quadro della storiografia della Scuola storica resta essenziale F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* (1967), trad. it. Milano 1980, vol. II.

storiografia giuridica verso la filologia. E difatti d'ordine filologico soprattutto furono le critiche rivolte da Schupfer a Tamassia, cui si è accennato, così come su problemi di critica testuale, d'individuazione e attribuzione di fonti continuò in gran parte ad appuntarsi la ricerca sullo Studio bolognese¹⁸. Ma la polemica è esemplare anche per altri motivi. Il tema che veniva sollevato ancora una volta, ed ora in rapporto precisamente col problema del «risorgere» della scienza, era quello della continuità del diritto romano. Continuità sul piano propriamente scientifico, sostenne il Fitting, sviluppando le tesi di Savigny circa la conoscenza teorica e pratica di esso, ininterrotta in Italia durante i secoli «barbari» del medio evo¹⁹.

Questa idea centrale della *Geschichte*²⁰, per la quale il *Beruf* era stato progettato originariamente come introduzione, s'iscriveva in una concezione storicistica del diritto di forte vigore speculativo, che comprendeva una prospettiva di storia universale e filosofia della storia²¹ ed una visione, d'impronta umanistica, delle vicende del diritto romano come fondamento dell'unità spirituale europea e del suo stesso articolarsi nelle moderne nazioni. Se in Germania esse orientarono tutti gli studi, sia romanistici, ispirando fra l'altro quella dottrina della «recezione» che fu il presupposto della pandettistica²², sia germanistici, per gli «apporti indimenticabili» divenuti «Fleisch und Blut» dei

¹⁸ Si dispone ora di un repertorio completo a c. di G. ZANELLA, *Bibliografia per la storia dell'Università di Bologna*, Bologna 1976.

¹⁹ H. FITTING, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, Berlin-Leipzig 1888. Dello stesso A. vedi anche *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfänge des Mittelalters*, Halle 1875; *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876; *Die Institutenglosse des Gualcausus*, Berlin 1891; *Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin 1894; *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894. Com'è noto, in Italia, oltre che da Schupfer, le opinioni del Fitting furono subito contestate, con rigore filologico, soprattutto dal Patetta.

²⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, 7 voll., Berlin 1834-1851 (2. unveränd. Aufl.). Sul pensiero dell'A. mi limito a richiamare G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978.

²¹ Sulla presenza di questi concetti nella cultura tedesca tra sette e ottocento ha scritto pagine molto belle F. TESSITORE, del quale v. da ult. *Il senso della storia universale*. Milano 1987.

²² Cfr. in partic. P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt-Bern 1979. Alcune osservazioni anche nei miei lavori: *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 31, Milano 1981, pp. 552 ss.; e *La «razionalità logico-metodologica» della Pandettistica*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, «Atti del Conv. internaz.», Milano 1988, pp. 283 ss.

loro cultori²³, in Italia non potevano restare senza echi profondi²⁴.

Per i giuristi italiani, infatti, la continuità del diritto romano non era argomento circoscritto alla comprensione di un lontano passato, per quanto posta in valore come elemento essenziale per cementare l'unità morale della nazione. Se dagli storici, dai politici, dagli intellettuali veniva richiamato presso l'opinione pubblica, di volta in volta come appello retorico o come risultato scientifico, — entrambi resi più persuasivi perché fissati in un ordine discorsivo omogeneo, — ai giuristi ricordava un problema teorico e pratico, oltre che storico²⁵, di scottante attualità. Al centro degli svolgimenti del diritto in Europa, la tradizione romanistica aveva ancora presieduto alla redazione dei codici, soccorreva in qualche modo nella discussione sui loro «difetti», costituiva il riferimento di una costruzione scientifica prestigiosa, fondata da Savigny appunto sul «sistema del diritto romano odierno».

Non per caso un autore come Biagio Brugi, storico e giurista di formazione complessa e di molteplici interessi, tra i più convinti sostenitori della «grande importanza» della scuola storica e del pensiero di Savigny, che egli si proponeva di sviluppare e di «completare» sul terreno di un suo particolare positivismo²⁶, vide sempre nel diritto

²³ Vedi da ult. G. DILCHER - B.R. KERN, *Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte*, in «Zschr. d. Sav.-Stift. f. R. Gesch.», Germ.Abt., 101, 1984, p. 1 ss. Sempre da vedere, comunque, O. VON GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, dal quale sono tratte le espressioni nel testo.

²⁴ Per le indagini più recenti sulla diffusione in Italia del pensiero di Savigny, cfr. F. RANIERI, *Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in «Ius Commune», 8, 1979, pp. 192-219; D. MAFFEI - K.W. NÖRR, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in «Zschr. di Sav-Stift. f. R.Gesch.», Rom.Abt., 97, 1980, pp. 181-212; D. MAFFEI, *Quattro lettere del Capei al Savigny e l'insegnamento del diritto romano a Siena nel 1834*, in: *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift H. Coing*, München, 1982, Bd. I, pp. 203-24 (qualche particolare aggiunge la voce *Conticini*, da me redatta per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 28, Roma 1983, pp. 490-94); e L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma 1984.

²⁵ Oggetto di riflessioni costanti nella maggiore storiografia giuridica di orientamento idealistico, da Mitteis a Calasso, a Wieacker, a Paradisi e a Orestano, esso non può dirsi neppure oggi del tutto spento; vari contributi per una messa a punto si leggono in: *La continuità nella storia del diritto*, «Atti del Seminario italo-tedesco di storia del diritto», Milano 1972.

²⁶ G. MARINO, *Storismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*. Napoli 1986; per un'accurata bibliografia cfr. ID., *Gli scritti di Biagio Brugi (1855-1934)*, in «Index», 9, 1980, pp. 265-95. Nella stessa rivista, 16, 1988, sono pubblicati diversi saggi sull'A.,

romano (o a dir meglio nel diritto comune della trazione romanistica) «la nostra scienza nazionale», scorgendovi al tempo stesso, con lo Jhering del *Geist*, il principio di «un'universalità del diritto fra i popoli». «Su di esso riposa il codice patrio», scriveva in uno dei primi lavori, e in sostanza il tratto che unisce tutti i moderni codici; ma soprattutto esso svolge il più vigoroso «ufficio intellettuale», nutrendo la scienza, «superiore ad ogni legge positiva»²⁷. Perciò Brugi fu tra i pochi a intuire compiutamente, fin dal 1888, il valore di una storia della giurisprudenza e delle università italiane, fornendo anche mirabili saggi²⁸: «una storia letteraria del diritto romano sarebbe in pari tempo una storia della Giurisprudenza scientifica italiana dal medio evo in poi»²⁹, necessaria alla «costruzione teorica e pratica insieme delle dottrine (...) sino alla costruzione di un completo sistema del nostro diritto», cui «anelano i nostri giuristi». Il diritto romano infatti — concludeva nel 1911 — «fu un grande organismo logico in continuo movimento: né le nostre convenzionali divisioni storiche hanno distrutto le sue naturali forze di ulteriore svolgimento logico». Lo studio della sua evoluzione è dunque in grado di restituire la «continuità logica fra il diritto romano e il diritto moderno» e di liberare «il germe di futuri svolgimenti logici» presente in «quella continuità di pensiero», consentendo di «fornire complete dottrine all'interprete e formulare quei principii generali che son come gli assiomi, *sit venia verbo*, da cui esso parte e cui ritorna applicando la legge», giacché «un diritto positivo non raggiunge il suo apice se non diviene sistema»³⁰.

4. Il nesso tra indagine storica e costruzione dogmatica non poteva essere affermato con maggiore chiarezza, per di

dei quali, per i temi che qui interessano, si vedano quelli di G. MARINO, *Biagio Brugi e il «metodo storico» nella determinazione dei principi del diritto*, pp. 299-325; e di L. LABRUNA, *Appunti su «società civile e Stato» in Biagio Brugi*, pp. 327-60.

²⁷ *I fasti aurei del diritto romano. Studi preliminari*, Pisa 1879, *passim*. Ma affermazioni simili sono ripetute in tutte le edizioni della sua fortunata *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, dalla prima (Firenze 1891) alla quinta (Milano 1929).

²⁸ Poi raccolti nei due volumi intitolati *Per la storia della Giurisprudenza e delle Università italiane. Saggi; e Nuovi saggi*, Torino, rispettivamente 1915 e 1921.

²⁹ *Saggi*, cit., p. 8.

³⁰ V. SCIALOJA e B. BRUGI (estens.), *Gli studi del diritto romano in relazione col diritto moderno*, in *VII Congresso giuridico nazionale. Relazioni*, Roma 1911.

più in una sede e con una sottoscrizione altrettanto significative, come il congresso giuridico nazionale ed il nome di Vittorio Scialoja. A quella data, del resto, costituiva un convincimento diffuso nella cultura giuridica, penetrato largamente anche in quella forense³¹. Tuttavia tale persuasione si radicava ora in una visione più complessa del rapporto tra il diritto vigente in Italia e il suo passato medievale, cui aveva contribuito proprio la disputa sulla continuità del diritto romano e l'influenza dei diritti germanici, dalla quale pur dipendeva la dottrina corrente — ed oggi famigerata — dei cosiddetti «fattori» del diritto italiano. Nella prolusione del 5 marzo 1921 al corso dell'università di Roma, Francesco Brandileone li definiva come «principi, o sistemi di principi, che preesistevano al diritto italiano, e che, pur essendo fra loro di diversa provenienza e talora anche di opposte tendenze, finirono poi col fondersi ed armonizzarsi nella vita, assimilati e trasformati dallo spirito della nuova nazione che, nell'affermarsi come la primogenita di Roma, non perdette mai con questa il suo intimo collegamento»³². Dove l'accento batteva sulla fusione, prodottasi «nella vita», e sulla «nuova nazione» che ne era scaturita.

Costantemente persuaso dell'importanza prevalente che in quella elaborazione aveva avuto il diritto romano, «vero spirito informatore del diritto italiano», il Brandileone aveva ammonito fin dal 1888 sulla necessità di distinguere i diversi elementi, romani e longobardi, bizantini e franchi, che vi si erano mescolati, per cogliervi tuttavia l'indiscutibile originalità, a suo avviso rinoscibile nell'opera della Glossa, considerata il momento centrale della nostra storia giuridica³³. A conclusione della carriera, ritornava con maggiore energia sul tema della «diversità» di questa rispetto ad «altri diritti, quali ad esempio il romano e il germanico»: sola ad essere rimasta nell'alto medio evo «terra di diritto giustiniano, ossia del diritto nazionale di Roma, avvicinato quanto più era possibile ad un tipo universale ed umano»,

³¹ Si considerino per esempio certi giudizi sugli avvocati napoletani di E. Gianturco (sul quale vedi i saggi raccolti nel vol. *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a c. di A. MAZZACANE, Napoli 1987), nonché alcune pagine di G. ZANARDELLI, *L'avvocatura*, Firenze, 1879.

³² *Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, in *Arch. giuridico*, 86, 1921, p. 7.

³³ *Di un indirizzo fondamentale degli odierni studi italiani di storia del diritto*, in *Filangieri*, 13/1, 1888. Sul rilievo dei suoi studi bizantinistici cfr. D. SIMON, *Nota di lettura a F. BRANDILEONE, Il diritto bizantino nell'Italia meridionale dall'VIII al XII secolo*, Napoli-Bonn 1988.

l'Italia aveva visto operare anche altri «fattori», quali il diritto della Chiesa e il diritto germanico, che non era, come voleva il Patetta, «un corpo estraneo cacciato a forza in un organismo vivente». Certo esso non ebbe «tutta quella importanza che gli si vorrebbe talora attribuire», e occorreva comunque distinguere tempi, istituti e regioni. Ma soprattutto esso andava riguardato come un complesso di «elementi nuovi che si uniscano ad elementi vecchi, e, dando e ricevendo, formino colla loro unione una istituzione unica adatta a reggere la vita»³⁴.

L'autore ribadiva ancora, nello stesso testo, la sua avversione, già argomentata in passato, per le tesi di Brunner e di Mitteis circa il manifestarsi in Italia di un *Vulgarrecht* o di un *Völkerrecht*, che per un certo tratto avevano avuto seguito nella storiografia italiana³⁵. Si richiamava piuttosto alla nozione di Solmi, di un *diritto nuovo*, passato «più tardi a formare il diritto comune delle nazioni occidentali e, nelle sue linee principali», a intessere «il fondo della legislazione e della codificazione dei nostri giorni»³⁶. Ampliandone la concezione, egli affermava in tono deciso: «Come tutto il resto della vita d'un popolo, anche il diritto ne è una parte, alla cui formazione concorrono elementi svariati e complessi, i quali in tanto poi formano un organismo vivente, in quanto lo spirito del rispettivo popolo, investendoli tutti, li unisce e li vivifica, e nell'unirli e vivificarli li muta, li plasma, se li assimila, vi aggiunge tutto quello che vi può mancare in rispondenza dei suoi nuovi bisogni e delle sue nuove direzioni». Nella capacità produttiva dello «spirito nazionale» consiste dunque «il *quid* che dà l'individualità, direi quasi la personalità alla storia (...) del diritto nostro, facendola diversa dalle altre storie, se per storia si ha da intendere non l'aggregato di particolari accozzati fra loro, ma l'alito che li vivifica elevandoli a sistema organico»³⁷.

Per vie diverse e contraddittorie, attraverso la costruzione di tipologie sconfinanti nel mito e una inclinazione non infrequente alla commistione ed al compromesso tra le dottrine, la storiografia giuridica aveva comunque raggiunto, tra otto e novecento, la definizione di un orizzonte problematico e metodologico sostanzialmente omogeneo.

³⁴ *Il diritto romano*, cit., pp. 14-15.

³⁵ Cfr. in partic. B. PARADISI, *Gli studi*, cit., pp. 132 ss.

³⁶ A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, 2 ediz., Milano 1918, p. 5.

³⁷ F. BRANDILEONE, *Il diritto romano*, cit., pp. 27-28.

Al suo interno si sviluppavano le ricerche più varie, a seconda delle preferenze e degli indirizzi dei singoli autori. Ai contributi di carattere più filologico, moltiplicatisi in numero notevolissimo, si erano via via affiancate le storie generali, i tentativi di sintesi, dal Pertile, al Calisse, al Salvio, allo Schupfer, al Solmi, al Besta, al Del Giudice — per citare soltanto i maggiori. Materia d'insegnamento nelle università del regno³⁸, la storia del diritto italiano era oggetto esclusivo di uno specifico ceto professionale³⁹, con le sue regole e le sue «carriere», ma anche con i suoi paradigmi scientifici specialistici.

Tra questi, risultava centrale la convinzione che le origini e i caratteri del diritto italiano, al pari della società nazionale, andassero ricercati nel medio evo, nella «fusione» di diverse elementi, realizzatasi allora sul piano spirituale, dando vita a una tradizione intellettuale che fondava insieme la coscienza morale e politica del paese e la sua comunione con tutta l'Europa. I temi quindi della formazione dello Stato unitario e dei suoi ordinamenti si disponevano quasi naturalmente entro una storia del diritto concepita prevalentemente come storia del pensiero che aveva via via formulato, nei momenti più alti dell'età intermedia, ordinamenti e istituti legati all'interna logica di quello «spirito» tacitamente e costantemente operoso.

5. Ancora un aspetto va segnalato della storiografia giuridica di fine secolo, che anzi costituisce un tratto peculiare di una intera stagione di studi e che definirei la «circularità» tra storia giuridica e diritto positivo.

Si è già accennato, discorrendo di Brugi, alla connessione assai stretta che veniva affermata tra indagine storico-giuridica e costruzione dogmatica. Essa del resto può documentarsi con molti altri testi, programmatici e non, preparati da storici. Ma se risulta relativamente agevole seguire l'impiego, frequente tra otto e novecento, di categorie e sistemazioni moderne nel leggere e interpretare le esperienze passate, più difficile, e comunque pressoché inesplorata, è la ricostruzione dell'uso di materiali e concetti storici nell'elaborazione del diritto vigente.

³⁸ La vicenda dell'insegnamento può seguirsi grazie a M. GHIRON, *Studi sull'ordinamento della Facoltà giuridica*, Roma 1913.

³⁹ Per l'Italia non si dispone delle ricerche, presenti per altri paesi, che hanno consentito la pregevole sintesi di G.G. IGGERS, *Geschichtswissenschaft in Deutschland und Frankreich 1830 bis 1918 und die Rolle der Sozialgeschichte. Ein Vergleich zwischen zwei Traditionen bürgerlicher Geschichtsschreibung*, in: *Bürgertum im 19. Jahrhundert. Deutschland im europäischen Vergleich*, hg. v. J. KOCKA, München 1988, Bd. 3, pp. 175-99.

Per esempio, è certo che il dogma giuspositivistico della statualità del diritto condizionò a lungo la prospettazione dell'ordinamento canonistico; che il «culto della sistematica» (per riprendere una felice espressione di Orestano) orientò, più o meno consapevolmente i giudizi su glossatori e commentatori ed i rari interventi sulla giurisprudenza umanistica; che il primato indiscusso della «teoria» sulla «pratica» consegnò alla condanna inappellabile o alla mera indifferenza interi territori del sapere giuridico, generi letterari vitalissimi, in breve tutta una tradizione forense che in molte regioni d'Italia aveva rappresentato, e per certi versi ancora rappresentava, il veicolo più autentico di creatività dell'esperienza giuridica. È appena il caso di ricordare, poi, la folla di monografie, di origine accademica, che assumevano dagli schemi della pandettistica, o dei suoi epigoni, le stesse intitolazioni delle ricerche. Assai meno sappiamo invece sul ruolo svolto dalle conoscenze storiche all'interno del processo di formazione dei distinti settori disciplinari e dei loro concetti costitutivi. Tuttavia alcuni dati sono indicativi.

Intanto valgono le testimonianze degli stessi giuristi, assai numerose per quanto riguarda il riconoscimento di una funzione generale di ammaestramento e d'indirizzo metodologico degli studi storico-giuridici. A parte i casi, più prevedibili, dei civilisti, presso i quali dominava l'impianto nella disciplina del diritto privato-romano, e dei giuspubblicisti, che non potevano certo ignorare le varie connessioni delle istituzioni politiche, si pensi soltanto a Scaduto e Ruffini, nel diritto ecclesiastico; a Chiovenda, nel processuale; a Vivante, nel commerciale; per non citare che alcuni. La convinzione di un alto valore della storia come strumento critico di conoscenza, di vaglio e ricomposizione unitaria degli ordinamenti, induceva all'analisi dei fondamenti storici degli istituti non solo nei termini di una ricerca pedante dei «precedenti», spesso richiamati, dopo la codificazione, a scopo di legittimazione ideologica e divenuti col tempo uno stanco esercizio scolastico, un cascame della cultura letteraria e umanistico-erudita che presiedeva alla educazione delle classi dirigenti italiane. Vi si ricorreva anche per attingere strutture logiche e procedimenti argomentativi che s'innestavano direttamente nelle distinzioni concettuali tra aree disciplinari e tra istituti giuridici.

Ne sono esempio cospicuo i dibattiti sulla proprietà e sul possesso, collegati con l'esigenza di configurare in modi

totalmente rinnovati l'intero campo delle forme di appartenenza; e così il dibattito che s'imponeva sulle obbligazioni, in presenza di una irruente mobilità del capitale e di una accelerazione dinamica che investiva la proprietà mobiliare nell'avvio dell'industrializzazione. Lo stesso vale per la definizione dei criteri della buona fede, del dolo e della responsabilità per colpa, della diligenza di «buon padre di famiglia», di gran parte del diritto di famiglia. E l'elenco potrebbe continuare, con riferimento a nozioni civilistiche e soprattutto commercialistiche, — dove si manifestava in misura consistente il rapporto con l'esperienza di diritti diversi dal diritto romano, — e col richiamo a istituti del diritto penale, pubblico, processuale.

Non meno rilevante appare l'incidenza della storia del diritto nel definirsi dei procedimenti espositivi e argomentativi, nel precisarsi dei generi letterari di cui la scienza giuridica dell'Italia unita si venne dotando: manuali, trattati, monografie di approfondimento scientifico e testi di divulgazione o d'uso didattico. Sotto questo profilo, può interpretarsi in una luce diversa la stessa vicenda, singolare e persino paradossale, ma non certo insignificante, della «introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche».

La storiografia giuridica italiana dopo l'unità, insomma, seguì percorsi non dissimili dalle contemporanee discipline giuridiche, ne rispecchiò scansioni ed intrecci, in un rapporto non causale di corrispondenza, che rimandano non tanto a un generico clima culturale comune, o a comuni suggestioni e modelli, bensì a reciproche interferenze e ad una viva connessione tra considerazione storica e tecnica degli istituti. In questo senso, costituì una voce niente affatto estranea, né secondaria, nella scienza giuridica e contribuisce a restituircene un'immagine più ricca e più mosca.

Ad accostarlo più da vicino, infatti, l'itinerario della giurisprudenza italiana dell'ottocento appare sempre meno riducibile ad un processo segnato univocamente dall'«assimilazione» dapprima e poi dall'«elaborazione» delle dottrine germaniche, sulla scia dell'esempio tracciato dalla «Deutsche Wissenschaft» e dal suo grande modello di organizzazione universitaria. Più largo e più vario, frutto di curiosità composite, ma anche di scelte metodologiche decise, fu il confronto con le principali esperienze europee, né sempre «eclettico» e compromissorio fu il richiamo a tradizioni regionali e municipali risalenti e il tentativo di congiungerle tra di loro e col nuovo verbo scientifico

dell'età del positivismo. Il frantumarsi dell'albero enciclopedico della *scientia juris* del diritto comune non lasciò solo uno spazio vuoto dietro di sé, destinato a venir riempito dall'avvento del tecnicismo proprio del metodo dogmatico e sistematico nei diversi settori. Tanto meno abbandonò il campo a uno scontro, dall'esito incerto, tra le armi potenti del costruttivismo logico-formale e le forze stanche di correnti praticistiche o casistico-esegetiche sopravvissute a se stesse ed al più rafforzate da deboli e velleitarie tendenze «realistiche». Lo specialismo disciplinare diventò, sul volger del secolo, la strada obbligata nel diritto positivo come nella storiografia giuridica, ma in entrambi i casi esso si affermò avendo a lungo saggiato intersezioni, contaminazioni, trasposizioni di nozioni e concetti che si producevano nel definirsi di nuovi confini e rapporti reciproci tra saperi. Orientamenti diversi tra loro non coesistettero o si contrastarono o si combinarono confusamente; contribuirono anche, in un modo vario, a chiarire oggetti, metodi, congegni espositivi delle singole discipline, in un confronto aperto ed esteso con le tradizioni proprie, da un lato, con le maggiori esperienze europee, dall'altro.

Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco*

Erik Jayme

1. Introduzione

È entrata in vigore il 1° settembre 1986 la nuova legge tedesca sulla riforma del diritto internazionale privato¹. Questa legge ha mantenuto il principio di nazionalità come principio di base per le materie dello stato delle persone e del diritto di famiglia e delle successioni². Ciò è avvenuto malgrado il fatto che, nella Repubblica Federale Tedesca, vivano 4 milioni e mezzo di stranieri, un fatto che dimostra come la Germania diventi sempre più un paese di immigrazione. Sarebbe stato quasi naturale tornare al principio del domicilio accolto una volta da Savigny³, se non ci fosse stata la tradizione manciniana che si è dimostrata in Germania, ancora oggi, di una forte vitalità⁴.

È il momento giusto, e proprio in questa sede, di domandarsi quale è stato l'influsso delle teorie di Mancini sul diritto internazionale privato in Germania⁵.

Ma se parliamo oggi di Mancini e del diritto internazionale privato tedesco, sembra opportuno vedere il tema sotto un duplice aspetto: prima va rilevato quale sia stato l'influsso degli autori tedeschi sulla formazione del

* Relazione tenuta a Trento il 27 febbraio 1987 durante il seminario di Studi su «Fondazione delle scienze e organizzazione della cultura alla fine dell'Ottocento: l'Enciclopedia giuridica italiana». La postilla è stata aggiunta.

¹ Cfr. JAYME, *Il nuovo diritto internazionale privato tedesco e le relazioni commerciali italo-germaniche*, in «Riv. dir. civ.», 1987 II, p. 1 ss.

² Cfr. LÜDERITZ, *Internationales Privatrecht*, 1987, p. 41.

³ Cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII (1849, riedizione Darmstadt 1956), pp. 95 ss.

⁴ Cfr. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, 1988.

⁵ Si veda, soprattutto, MANSEL, *L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896*, in: *Liber Memorialis François Laurent*, 1988, p. 381 ss.