

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da

ENRICO GABRIELLI

RICCARDO ORESTANO

INTRODUZIONE ALLO STUDIO STORICO DEL DIRITTO ROMANO



G. Giappichelli Editore

AVVERTENZA

Anche questa seconda edizione, dopo quella del 1953, esce come corso litografico destinato essenzialmente agli studenti.

E seppure la prima ha avuto – oltre ogni mia previsione – un'eco più vasta, la particolare destinazione rimane: e questo spiega il carattere e il tono di molti punti. La stessa battitura a spazi più larghi e più stretti è soprattutto in funzione della preparazione degli studenti. In un primo tempo del loro studio essi dovranno legger tutto, comprese le parti a spazio stretto, che contengono chiarimenti e sviluppi necessari alla comprensione dei vari argomenti; mentre in un secondo tempo, nel riepilogo per la prova d'esame, potranno rileggere solo le parti a spazio largo, che costituiscono una esposizione di per sé continua e compiuta.

* * *

Nel licenziare questa nuova edizione posso ripetere quanto dissi per la prima: e cioè che è un abbozzo – anche se ormai più maturo ed elaborato – di quella che vorrebbe essere un'*Introduzione allo studio storico del diritto*, in qualche modo rispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo.

Tale proposito però mi appare sempre più ambizioso e lontano, per le difficoltà che si moltiplicano lungo il cammino. Ancora in questa edizione, infatti, pur avendo cercato di approfondire vari punti, molte questioni rimangono appena sfiorate, mentre nuovi problemi si son venuti ponendo man mano che la ricerca si allargava.

Tuttavia le linee d'insieme di un discorso che va oltre il diritto romano, investendo il problema della scienza giuridica europeo-continentale in alcuni dei suoi più importanti svolgimenti, mi sembrano forse tracciate e possono servire, non foss'altro, da avvio a quelle più profonde indagini che l'argomento richiede.

Va poi precisato che questa *Introduzione* non vuol essere un'esposizione completa della «storia della scienza del diritto», bensì solo l'esame critico di talune vicende della tradizione romanistica, attraverso il porsi e il rinnovarsi dei metodi e della problematica «scientifica», sino a noi.

Sotto questo aspetto, la presente *Introduzione* è, essa stessa, un'indagine storica.

Sottolineo questo punto, perché non si abbia a ritenere che si tratti di una dissertazione «metodologica» nel senso corrente dell'espressione, cioè una determinazione aprioristica di criteri e canoni di studio.

Anzi, all'opposto, la trattazione mira proprio a dimostrare – fra l'altro – l'inscindibilità della ricerca positiva dalla cosiddetta metodologia, negando a quest'ultima ogni autonomia rispetto ai processi concreti d'indagine che costituiscono l'attività della scienza del diritto e nei quali va compreso lo studio storico, inteso e svolto anch'esso come attività di scienza giuridica.

Se c'è cosa che infatti questa *Introduzione* cerca di ribadire, in ogni punto, è la non teorizzabilità in astratto della «metodologia», che viene qui considerata nient'altro che l'attuazione, volta a volta, di una determinata concezione del diritto.

Muovendo da queste idee, che naturalmente postulano l'integrale «storicità del diritto», identificato con la totalità dell'esperienza giuridica, il problema «metodologico» è svolto come indagine, a un tempo, sulla storia delle concezioni e dei procedimenti.

Di fronte alle consuete impostazioni che parlano di «due facce» della scienza del diritto, *domma* e *storia*, qui – per restar nella metafora – si cercano i lineamenti di un solo volto, perché anche il *domma* è storia.

In questa visione, rigorosamente storica, della scienza del diritto viene ad essere, per ciò stesso, implicata anche la posizione di ciascuno nell'urto delle contrastanti concezioni che tengano il campo nel presente e la necessità di studiarne il significato, nei loro molteplici condizionamenti e nelle loro conseguenze.

L'accertamento di tutto questo, anziché semplice *presupposto*, è quindi già il *risultato* di un'indagine che congiunge, in un quadro unitario, la ricerca storica e la chiarificazione del nostro operare.

POSTILLA. – Nella «Avvertenza» del 1953 scrivevo che questa *Introduzione* «pur utilizzando i risultati parziali di una serie di miei precedenti studi sull'argomento (Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto, in *Rivista Italiana per le Scienze giuridiche* 1950. Il diritto romano nella scienza del diritto, in *Ius* 1951. Ventotto pagine necessarie, *prefazione al mio vol.* La struttura giuridica del matrimonio romano, Milano 1951. Diritto e metodologia, in *Atti Congresso Studi Metodologici* Torino 1952)» rappresentava «rispetto a quelli già una completa rielaborazione e un ulteriore sviluppo».

Per questa 2ª edizione occorre qualche altra precisazione.

Anzitutto in ordine ai «materiali». Otto anni sono passati da allora e una serie di nuove ricerche particolari mi ha portato ad approfondire gli argomenti trattati o ad affrontarne altri, strettamente collegati: ricordo le conferenze tenute all'*Institut de droit romain* di Parigi su *Le droit romain et l'origine de l'historisme juridique au XVI s.* nel 1954, su *Quelques tendances sociologiques des juristes humanistes au XVI s.* nel 1955, su *L'idée du progrès dans la pensée juridique romaine* nel 1957 e la relazione generale su *Les procédés du développement du droit aux XVI, XVII et XVIII s.* al Congresso Intern. di diritto comparato di Parigi del 1954, ancora non pubblicate; la relazione al Convegno di Strasburgo del 1956 su *Sociologie et étude historique du droit* (in *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, V, Parigi 1958); la voce *Azione (storia del problema)* nell'«Enciclopedia del Diritto», v. IV, Milano 1959; l'articolo *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960; la voce *Diritto romano* nel «Novissimo Di-

gesto Italiano», v. V, Torino 1960; la voce *Formalismo giuridico* per l'«Enciclopedia Italiana», Appendice III, Roma 1960; la prolusione romana su *Il concetto di ordinamento giuridico e lo studio del diritto romano* in «Jus», 1961.

Molti di questi studi, anche se varia ne è stata l'occasione, sono stati in parte o in tutto concepiti come chiarimenti e completamenti di questa *Introduzione*, sicché i loro risultati o addirittura la rielaborazione di alcuni loro brani sono venuti a inserirsi direttamente nella presente edizione.

Di altri vi è invece il riflesso indiretto: mi riferisco specialmente ai corsi genovesi di Diritto romano su l'*Appello* dai Severi a Giustiniano, nel 1953-54; su *Possessio e Interdicta*, nel 1954-55; sulle *Actiones*, nel 1955-56 e 1956-57; sulle *Fondazioni* nel 1957-58 e 1958-59 e alla parte speciale del corso di Storia del diritto romano, a Roma nel 1960-61, su *I fatti di produzione giuridica nell'esperienza romana*; nonché alle ricerche sui rapporti fra dialettica antica e pensiero giuridico romano, di cui ho anticipato alcuni saggi nell'articolo *Obligations e dialettica* in «Mélanges Lévy-Bruhl», Parigi 1958, e in una conferenza all'*Institut de droit romain* di Parigi nel 1960 su *La notion dialectique de translatio et le droit romain*, ancora non pubblicata.

Anche il modo in cui si è sviluppata la redazione richiede qualche spiegazione. Essa è passata per tre fasi. Quando la iniziai, nel 1957, avevo pensato ad una semplice riedizione con qualche lieve ritocco e integrazione. Cominciai così a fare stampare i primi due sedicesimi, comprendenti il primo capitolo e alcuni paragrafi del secondo. Dopo di che, avendo già iniziato il § 6 su *La scienza del diritto nel rinnovamento della Scuola storica tedesca*, il desiderio di approfondire alcune premesse mi ha preso la mano, portandomi a dilatare i confini di tale paragrafo, dapprima con brevi cenni sul problema dell'interpretazione (pp. 16-19), poi con cenni più ampi sul problema della sistematica (pp. 20-55), infine con una trattazione approfondita sul problema della coscienza della storicità del diritto (pp. 56-102). Come ho indicato a p. 103, la necessità di più ampi studi sulla posizione dei giuristi del XVII e XVIII secolo di fronte al problema della storia, fece arrestare a quel punto la nuova stesura. I primi 12 sedicesimi sono quindi stampati dal 1957 e in circolazione fra gli studenti genovesi dall'autunno di quell'anno. Preciso questo, per spiegare come la bibliografia richiamata sino a pag. 96 si fermi al 1957. Di poi, nell'aprile 1961 ho ripreso la redazione, con il disegno di portarla rapidamente a termine, ricongiungendomi alla vecchia stesura e senza propormi, in quel momento, ampie modifiche e rielaborazioni (cfr. p. 103 citata). Però ancora una volta l'incandescenza della materia ha bruciato i propositi; e l'opera ha finito per essere profondamente rimaneggiata e ampliata in ogni sua parte e accresciuta di un IV capitolo interamente nuovo. È chiaro che con queste vicende il volume che qui presento può essere giudicato per il suo contenuto, più che per l'ordine esteriore, al quale ho cercato di rimediare nell'Indice-sommario, dividendo per argomenti il lungo § 6.

CAPITOLO I

PRELIMINARI

1. *Oggetto e scopo dell'Introduzione*

La presente *Introduzione allo studio storico del diritto romano* si rivolge a studenti del secondo e terzo anno.

Non ci proponiamo quindi di ripetere o riassumere nozioni che essi debbono già possedere per aver seguito i corsi di *Storia* e di *Istituzioni* di diritto romano, bensì di porli di fronte ad una serie di questioni e di argomenti che riguardano la materia nel suo insieme, la sua posizione nella storia e nella scienza del diritto, il significato del suo studio nel presente, i diversi punti di vista da cui essa è stata e può venir considerata, i metodi e le finalità che questi punti di vista implicano, le relazioni che intercorrono fra questi punti di vista, questi metodi e queste finalità (nelle diverse valutazioni e nei diversi indirizzi dello studio romanistico) e lo stato attuale del diritto e della sua scienza.

Fornito già di sufficienti basi per un orientamento sulla materia, è bene che ora lo studente, prima di accingersi allo studio del Corso di diritto romano, si renda soprattutto conto di ciò che il *diritto romano*, nelle sue varie accezioni, abbia rappresentato nella storia del diritto e ciò che esso – secondo come lo si consideri – possa rappresentare ancora nel presente, tanto più che a ciò sono in definitiva connessi la determinazione di *cosa* noi oggi cerchiamo nel diritto romano, l'individuazione del *perché* noi ancora lo studiamo e la specificazione del *come* ne perseguiamo la conoscenza, nonché – in funzione di tutto ciò – il suo vario agire e reagire nella vita e nel pensiero contemporaneo.

E invero il *diritto romano*, prima ancora che “materia di studio”, è *problema vivo e aperto* nella nostra esperienza giuridica, sicché dal diverso modo di considerarlo e risolverlo discendono conseguenze innumerevoli e fondamentali, non solo su un piano meramente “culturale” o astrattamente “scientifico”, ma pure – e direi, anzitutto – rispetto a noi stessi, al nostro concreto operare, alla nostra posizione nel presente, al vario modo di concepire e risolvere orientamenti essenziali della vita che viviamo, per come questa è e per come vorremmo che fosse.

Richiamare su tutto ciò l'attenzione dello studente è quindi lo scopo precipuo di questa *Introduzione*, la quale fa appello più alla sua intelligenza, alla sua com-

preensione, alla sua “reattività”, che non alla sua memoria e ad un pedissequo letterale apprendimento. E questo anche per una ragione: che più delle soluzioni proposte contano i problemi. È di questi che lo studente deve prender soprattutto consapevolezza, sforzandosi di porsi di fronte ad essi e di “sentirli” come elementi determinanti della propria formazione e non come semplici nozioni da apprendere e ripetere mnemonicamente per il superamento d’una prova d’esame.

Non tutto sarà facile e piano; molte cose gli si renderanno più chiare solo attraverso la visione d’insieme, a esposizione ultimata e dopo una necessaria meditazione. Ma lo studente tenga presente che in definitiva egli entra ormai sempre più addentro in un ordine superiore di studi, in cui le difficoltà che gli vengono proposte sono altrettanti *atti di fiducia* nella sua intelligenza e nella sua volontà di impegnarsi, colla *sua* mente e con *sue* le reazioni, in quelli che debbono divenire sempre più i *suoi* problemi.

Un’ultima avvertenza: parlerò molte volte in prima persona, di me stesso, di ciò che penso, di ciò in cui credo, di ciò da cui dissento, del mio lavoro. Quando questo avverrà, non reputi lo studente che io lo faccia per pormi a “modello” o perché io stimi i miei personali punti di vista e il mio apporto superiori a quelli altrui. Ciò dipende unicamente dalla posizione in cui io cerco di collocarmi, fuori d’ogni apriorismo: sicché molte volte bisogna allora guardare necessariamente a se stessi, al proprio lavoro, a ciò che si fa, a ciò che si pensa, in altre parole a ciò che si è direttamente sperimentato, a ciò che i problemi hanno suscitato in noi e al nostro modo di reagirvi, per poter cogliere i problemi stessi, perché questo è spesso il solo modo in cui essi ci si rivelano e il solo titolo pel quale in definitiva si possa esser legittimati a parlarne.

2. Il problema della consapevolezza dei procedimenti e delle finalità dello studio del diritto romano

Nella storia d’ogni disciplina – ha osservato acutamente il De Francisci – v’è un momento in cui questa, “giunta ad un certo grado di maturità, e quasi saturatasi di risultati particolari, sente il bisogno di ripiegarsi su se stessa, di procedere con un movimento riflesso ad una revisione critica di quelli, ad una verifica dei procedimenti, mediante i quali essa ha accumulato il suo patrimonio di cognizioni, ad una determinazione insomma del suo metodo e dei principi sui quali essa insiste”¹.

Che questo momento sia arrivato anche per lo studio del diritto romano è cosa avvertita, e non da oggi. Né può meravigliare l’affermazione che una disciplina la quale ha dietro di sé una così risalente tradizione possa e debba anch’essa proporsi ancora il problema dei suoi metodi, sol che si ponga mente a quanto poco il

¹ *Storia del diritto romano*, 1^a ed., Roma 1926, v. I, p. 32.

moderno studio romanistico abbia ormai a che fare con lo studio del diritto romano quale si compiva in altre età e sino a tempi a noi vicini².

Ciò che il De Francisci enuncia per la disciplina considerata nel suo insieme, lo si può poi ripetere anche per ciascuna delle generazioni di studiosi che in quella si avvicendano, le quali per un complesso di fattori sono naturalmente portate a riconsiderare, ognuna con occhio diverso e sempre nuovo, il problema del proprio metodo, che come vedremo non è qualcosa di estrinseco rispetto all'oggetto e da questo indipendente, ma è in ultima analisi la risultante del modo in cui si concepisce l'oggetto stesso e dell'atteggiamento che si assume di fronte ad esso, e quindi muta funzionalmente con l'eventuale mutare di quella concezione e di quella posizione.

Ancor più: ciò che ora s'è detto di ciascuna generazione lo si può dire per ogni singolo studioso, il quale se non è totalmente avulso dal suo tempo, arriva ad un certo momento, nell'approfondire il corso delle sue indagini, a sentir necessaria una sua personale revisione e verifica, che gli permetta di conseguire una più personale e intima consapevolezza non soltanto dei possibili procedimenti da usare, ma della posizione che ciascuno di essi presuppone e implica e per ciò stesso della responsabilità insita al fondo delle scelte che egli pur sempre deve compiere.

Tutto questo fa sì, che anche nell'impostazione stessa di tali problemi vengano a confluire – inevitabilmente – come componenti delle analisi e delle soluzioni, una duplice serie di elementi: da un lato elementi che riflettono aspetti propri e intrinseci della disciplina e del suo contenuto, in sé e per sé considerati, e che potremmo per ciò dire “*obiettivi*”, dall'altro elementi che riflettono la posizione di ogni generazione di studiosi e di ognuno di essi e che in contrapposto ai primi potremmo dire elementi “*subiettivi*”, ma che pure hanno una loro concretezza e rilevanza obiettiva, perché sono precisamente questi elementi che determinano e rappresentano per ogni tempo, e così anche per il nostro, i vari possibili modi di porsi di fronte alla materia e quindi di fronte al problema dei procedimenti del suo studio, che con ciò finiscono per diventare altrettanti elementi storici della scienza del diritto e del suo svolgimento.

Ciò implica ancora, che ciascuno che si accinga a trattare di questi problemi, vi porti inevitabilmente il riflesso della propria maniera di concepire l'oggetto cui quelli si riferiscono. A questa ineluttabilità non sfugge, né pretende di sfuggire, quello che vorrebbe essere il mio contributo, il quale se da un lato partecipa del generale processo di revisione cui le presenti generazioni di romanisti si sono rivolte, allorché sotto più aspetti e da più parti è stata denunciata una “*crisi del di-*

² Vedi su ciò da ultimo il brillante esordio dello studio di un illustre romanista olandese J.C. VAN OVEN, *A la recherche du droit classique romain*, in *Rev. int. des dr. de l'Antiquité*, 3^a serie, v. III (1956), p. 445 ss. Alla domanda di uno studente che voleva sapere che cosa fosse in verità il diritto romano, egli è costretto a confessare che ancora cinquant'anni fa avrebbe potuto rispondere chiaramente e brevemente, ma che ormai il discorso doveva esser necessariamente lungo e difficile, tanto il panorama e la problematica degli studi romanistici si sono venuti ampliando e complicando.

ritto romano”, dall’altro è soprattutto il risultato di una *personale, vissuta* – e se la parola non dovesse apparir retorica, direi anche *sofferta* – esigenza, che si è fatta sentire in me quando, giunto ad un certo momento del mio cammino, ho avvertito la necessità di precisare, in primo luogo a me stesso, quale potesse esser il significato da riconoscere allo studio romanistico nella fase attuale della scienza del diritto e le conseguenze di questo significato sui diversi modi in cui se ne viene perseguendo lo studio.

Domande gravi, cui sono connessi innumerevoli interrogativi; domande che per altro chiunque pretenda oggi, non dico d’insegnare il diritto romano, ma di coltivare gli studi romanistici, deve pur proporsi e che dal momento in cui si pongono esigono una risposta.

E naturalmente una risposta, che appagando il senso di responsabilità di chi viva i motivi del nostro tempo, valga a confermare la validità e la fecondità d’uno studio, il quale altrimenti rischierebbe d’apparir privo – nel presente – d’effettivo valore per la scienza del diritto.

E infine una risposta il cui valore, per quel che si è detto, sarà necessariamente personale, cioè legato a determinati presupposti subiettivi; ma essa, anche se comporta la rinuncia a molti punti di vista e atteggiamenti dottrinari e spirituali tradizionali cui gran parte dei romanisti e molti cultori del diritto sono tuttora fortemente attaccati, mi sembra la sola, come vedremo, che possa dare allo studio del diritto romano un valore assoluto, fuor d’ogni contingenza.

Comunque, spero che il mio contributo possa avere, se non altro, il valore di un documento: del modo cioè come uno dei tanti romanisti della metà del nostro secolo abbia sentito il problema del diritto romano nel suo tempo, del come egli abbia cercato di diagnosticarlo per un suo bisogno d’interiore chiarificazione, e della risposta che egli ha creduto di dover dare anzitutto a se stesso circa il significato dello studio che ancora compiamo, in quanto giuristi, sulle fonti romane.

3. Il problema della metodologia della scienza del diritto e lo studio della storia del diritto

Le questioni di cui abbiamo fatto cenno vengono comunemente fatte rientrare, secondo un’espressione corrente, nei cosiddetti “*problemi metodologici*” della scienza giuridica.

Già tale qualifica merita, di per sé sola, un approfondimento, perché – come si chiarirà meglio in seguito – a seconda di quel che s’intende per *metodologia* può in definitiva variare il modo di considerare quei problemi e con ciò anche il valore e il contenuto delle questioni che con essi si pongono.

L’approfondimento poi è tanto più necessario in sede di *studio storico del diritto* (e tale, vedremo, deve intendersi anche lo studio che oggi si fa del *diritto romano*), in quanto la natura e la validità dei procedimenti di questo studio risentono direttamente del modo in cui si concepiscono la metodologia e il suo rappor-

to con il diritto e la sua scienza. Basti per es. pensare alla contrapposizione che di frequente si suol fare fra un metodo storico e un metodo dommatico (che nella mente di molti diventa addirittura contrapposizione fra due tipi diversi di scienza), per comprendere come l'accertamento di ciò che si debba intendere per *metodo* e per *metodologia* abbia un valore del tutto preliminare.

Per quanto poi concerne lo *studio della storia del diritto* l'accertamento è importante e pregiudiziale, oltre che per la determinazione e miglior conoscenza dei procedimenti che si impiegano nello studio, anche sotto un altro e fundamentalissimo aspetto: e cioè per il significato da attribuire ai cambiamenti di metodo di cui la storia della scienza del diritto, nel suo svolgimento, ci offre in concreto numerosi esempi.

Ciò che diremo in appresso ha quindi un duplice obbiettivo: da un lato accertare e chiarire a noi stessi il valore e il significato dei diversi procedimenti di cui *noi* possiamo far *oggi* impiego e dall'altro accertare il valore e il significato dei diversi procedimenti che storicamente si sono succeduti nelle varie fasi della scienza del diritto, vuoi in riferimento all'interpretazione e all'uso delle fonti del diritto romano, vuoi in generale nell'attività di essa scienza.

Ma con ciò stesso ci saremo aperta anche la via per intendere quale sia il significato *storico*, rispetto al nostro presente, dei diversi procedimenti che possiamo oggi impiegare e quale sia la posizione che – scegliendo fra essi – si assume di fronte al “*diritto romano*” e in definitiva di fronte a ciò che assumiamo essere il diritto.

Perché questo occorre che sia assolutamente chiaro alla mente dello studente, sin da principio: e cioè che la riflessione intorno ad un particolare diritto storico, il modo in cui stimiamo di doverlo studiare e ciò che poniamo ad oggetto del nostro studio, le finalità e i criteri con cui ne perseguiamo la conoscenza non sono elementi che variano capricciosamente e arbitrariamente, per vaghe esigenze culturali e in funzione puramente strumentale, ma elementi che implicano sempre una nostra presa di posizione di fronte a ciò che assumiamo essere il diritto e sono perciò stesso indici e determinanti – ad un tempo – di un nostro modo di essere e di un nostro modo di concepire, in generale, il diritto; sono, per dirla con una frase sola, altrettante “soluzioni” che noi veniamo a dare, di volta in volta, al problema del diritto, nel suo insieme.

CAPITOLO II

SCIENZA DEL DIRITTO, METODOLOGIA E STUDIO STORICO DEL DIRITTO

4. “Diritto”, “scienza del diritto” e scienza giuridica europea

Ci occorre un punto di partenza che permetta di entrare nel nostro argomento muovendo da qualcosa di sufficientemente saldo.

Questo non possiamo certo sperare di trovare in una “definizione” del diritto. Infatti un aspetto fra i più tipici dello svolgimento del pensiero giuridico nel corso della sua storia, almeno nella nostra tradizione, è la perenne ricerca di una definizione di cosa “è” il diritto o quanto meno di quel che si debba assumere per “diritto”¹.

Al riguardo è ben nota l’ironica constatazione di KANT, secondo la quale “*i giuristi cercano ancora una definizione del loro concetto di diritto*”²; e a distanza

¹ Sulla formazione della nozione di *ius* nel mondo romano v. da ultimo ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, XLVI (1940); NOAILLES, *Du dr. sacré au dr. civil* (Cours 1941-42), Parigi 1949; KASER, *Das altröm. ius*, Gottinga 1949; GIOFFREDI, *Dir. e processo nelle antiche forme giurid. rom.*, Roma 1955; GUARINO A., *L’ordinam. giurid. rom.*, 2^a ed., Napoli 1956.

Il termine *directum* appartiene al latino medievale e si sostituisce a *ius* nelle lingue romanze (it. “diritto” – fr. “*droit*” – sp. “*derecho*” – port. “*direito*” – rom. “*drept*”): su ciò e sulle diverse concezioni che implicano i due termini v. da ultimo DONATI B., *Fondaz. della scien. del dir.*, Padova 1929, pp. 5 e 132; CESARINI-SFORZA, “*Jus*” e “*directum*”, Bologna 1930; CALASSO, *Medioevo del dir.*, I, Milano 1954, p. 474 ss.; BATTAGLIA, *Alcune osserv. sulla struttura e sulla funzione del dir.*, in *Riv. dir. civ.*, I (1955).

Su *directum* si modella il tedesco “*Recht*”, che corrisponde al nostro “diritto” in tutti i suoi impieghi e significati: cfr. SAMLÖ, *Juristische Grundlehre*, Lipsia 1917, p. 469.

Quanto all’inglese, il termine all’incirca corrispondente è “*Law*” (più raram. “*Right*”), che significa tanto “legge”, quanto, approssimativamente, “diritto”; sui vari impieghi e sulle difficoltà di stabilire, se non attraverso perifrasi, esatte equivalenze v. AUSTIN, *The province of Jurisprudence determined*, Londra 1832, p. 307 s.; LEVY-ULLMANN, *Le système jurid. de l’Angle-terre*, Parigi 1928, p. 359 ss., POUND, *Sociologie du dr.* nella raccolta *La sociologie au XX siècle*, I, Parigi 1947, p. 302 ss.

² Meno noto è forse che analogo rilievo si trova già in LEIBNIZ, *Codex iuris gentium diplomaticus*, Hannover 1693, praef., IX: “*Iuris et iustitiae notiones post tot praecularis scriptores, nescio an satis liquidae habeantur*”.

di oltre un secolo e mezzo il rilievo continua a mantenere tutta la sua validità. Anzi si può dire che da quel tempo il numero e la varietà delle definizioni si siano venuti moltiplicando, forse con divergenze ancora più profonde e con una più acuita consapevolezza di una loro spesso radicale inconciliabilità³.

Ma questa constatazione potrebbe condurre ad illazioni pericolose, se non dovessimo accompagnarla subito ad un'altra, anch'essa storicamente fondata ed incontrovertibile, e alla quale – storicamente – si deve attribuire una importanza ancora maggiore, perché dal piano teoretico ci riporta a ciò che si è verificato e continua a verificarsi nella realtà storica: vale a dire che la mancanza di una definizione da tutti accolta con valore di verità assoluta non ha impedito – prima e dopo il rilievo kantiano – che gli uomini nel corso dei secoli e dei millenni operassero di momento in momento coi concetti di diritto di cui disponevano.

Ancor più: tale mancanza non ha impedito che nel corso dei secoli e dei millenni, facendosi volta a volta perno sulle più varie nozioni di diritto, si venisse svolgendo un'incessante e imponente attività di pensiero, d'indagine, di riflessione, di elaborazione, di cui non interessa per il momento precisare natura caratteri e fini, e alla quale, nel linguaggio di molti che la svolgono, vien dato in genere il nome di *scienza del diritto*⁴; attività che per la sua esistenza in concreto è anch'essa un *dato* di fatto che ci viene offerto dalla storia e che noi possiamo cogliere di continuo nella storia.

Ed è precisamente da questo dato che stimiamo opportuno prendere le mosse, per più ragioni.

In primo luogo, perché in materia di diritto si potrà dubitare e discutere di tutto, ma non dell'esistenza di questa attività che cerca di conoscere il diritto.

In secondo luogo, perché anche assumendo un diverso punto di partenza (e ve ne potrebbero essere di altrettanto reali e concreti, ad es. un testo legislativo, gli elementi di un qualunque ordinamento, un qualsiasi rapporto effettivo), per il solo fatto di portare su esso la nostra riflessione svolgeremmo pur sempre un'attività di scienza del diritto, nella quale i problemi della scienza in sé considerati finirebbero col rivelarsi in ultima analisi ugualmente pregiudiziali, anche se pervenissimo a rendercene conto dopo un lungo cammino (che è poi il cammino che la scienza sta compiendo, nel prendere una più compiuta conoscenza di sé). Tanto vale quindi, al nostro fine, muovere direttamente dalla scienza.

Infine, perché il proposito di approfondire il tema dello studio storico del diritto porta a toccare problemi che, come vedremo, sono essenzialmente di scienza del diritto.

³ Per un'ampia rassegna delle definizioni date nel corso dei secoli v. LEVY-ULLMANN, *La définition du droit*, Parigi 1917; v. anche SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano 1955.

⁴ Di *scientia iuris* parlano già Cicerone e i giuristi romani, nonché tutti coloro che da allora scrissero in latino. La stessa espressione ricorre in francese (*science du droit*), in spagnolo (*ciencia del derecho*), in tedesco (*Rechtswissenschaft*, parola composta di *Recht* "diritto" e *Wissenschaft* "scienza"), in inglese (*legal science*) ecc.

Naturalmente tutte queste affermazioni implicano già una determinata concezione del diritto, che per noi consiste nell'assumere come diritto l'esperienza giuridica in se stessa, attraverso tutte le sue manifestazioni, con tutte le sue inerenze, in tutte le sue connessioni. Ma di ciò, e della posizione che nell'esperienza giuridica si deve riconoscere alla scienza del diritto, potremo discorrere meglio in seguito, come pure del fatto che in materia di diritto non si possono avere asserzioni che non implicino comunque una determinata concezione del diritto.

Va però subito avvertito che anche il punto di partenza scelto ci farebbe restare nel vago, se non precisassimo meglio a che intendiamo riferirci parlando di *scienza del diritto*.

Infatti questa espressione, che a prima vista sembra indicare qualcosa di chiaro e preciso, viene usata in molti significati, nei quali varia quel che si intende evocare e il valore che vi si attribuisce.

Ciò perché nella storia non vi è *una* scienza del diritto che si presenti come un *quid* di unitario, cui immediatamente attribuire questo nome, ma vi sono tante forme diverse di attività, che non solo variano nei tempi e nei luoghi, ma che talvolta addirittura si urtano fra loro, in un medesimo tempo e luogo. Basta guardare intorno a noi, nel nostro presente, per accorgersi di questa molteplicità, nonché di un fatto che sovente finisce per accompagnarvisi, e cioè che più d'una di queste forme tende ad attribuire a se stessa, in esclusiva, la qualifica di *scienza del diritto*, negandola ad altre. Se ciò avviene fra attività che si alimentano di una stessa tradizione, è ancor più facile e frequente per tradizioni più remote o comunque diverse.

Ora è evidente che nel momento in cui ci proponiamo di approfondire i problemi di una visione storica del diritto non possiamo muovere da una nozione di *scienza del diritto* legata ad alcune forme di attività, con esclusione di altre, solo perché queste non corrisponderebbero ad un'idea determinata di scienza del diritto, tanto più che a ben guardare quest'idea finirebbe per esser tratta dalle forme di speculazione e di elaborazione più familiari alla nostra tradizione giuridica, cioè da forme anch'esse storicamente determinate. Torneremo subito su questo punto; ma intanto, poiché nella realtà non esistono solo le nostre forme ma ne sono esistite e ne esistono tante e tante altre, che rispetto al costituirsi di ciascuna esperienza hanno assolto o assolvono funzioni analoghe, non ci sembra lecito – *in una visione storica* – lasciarne fuori alcuna.

Tutte sono infatti ugualmente nella storia e tutte vi hanno la loro importanza, dalle più semplici, alle più complesse, dalle più rozze alla più raffinate, dalle più simili alle nostre alle più difformi; e ciò indipendentemente dalla loro rispondenza ad un modulo ideale, quale che sia⁵.

⁵ Fondamentali e illuminanti, al riguardo, le belle pagine di VOLTERRA, *St. del dir. rom. e st. dei dir. orient.*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 158 ss. sulle difficoltà che muovendo dai concetti e dalla sistematica formata sul dir. rom. si incontrano nello studio delle civiltà orientali antiche (sumera, babilonese, assira, egizia, ecc.).

Ed è dunque a tutte queste attività, nessuna esclusa in tutte le loro manifestazioni, che ci riferiremo quando impiegheremo l'espressione *scienza del diritto*.

Essa è da noi convenzionalmente destinata a comprenderle *tutte*, senza identificarla propriamente con *alcuna*. Diversamente facendo, ci si potrebbe trovar costretti – secondo l'idea di scienza del diritto da cui si muova – a negare tale qualifica ad es. all'attività degli antichi *Pontifices* nel costituirsi dall'esperienza giuridica di Roma e alla stessa *interpretatio prudentium* dell'età repubblicana; oppure a gran parte dell'attività dei Glossatori medievali; oppure a quella dei cosiddetti "pratici", antichi e moderni; e persino, volgendo gli occhi intorno a noi, all'attività dei giuristi del mondo anglo-americano, solo perché, volta a volta, la loro attività di riflessione e il *loro* operare non rispondono per un aspetto o per l'altro ai modi del *nostro* operare.

È poi appena il caso di sottolineare che chiamando *scienza del diritto* l'insieme di queste attività non intendiamo con ciò prendere posizione rispetto al problema della loro "scientificità", cui accenneremo in seguito.

Correlativamente a questa nozione, da noi genericamente posta, vi sono poi le singole attività, quali le ritroviamo nel concreto storico e alle quali dobbiamo rivolgerci, se vogliamo conoscere ciò che concretamente esse facciano, come operino e cosa rappresentino rispetto al proprio oggetto. Ed uno dei vantaggi del muovere da questa nozione volutamente generica ed indeterminata mi sembra stia appunto in questo: che appena ci proponiamo di esaminarla più da vicino, la sua stessa genericità ed indeterminatezza ci spinge a ricercare le sue concrete manifestazioni, cioè a guardare alle singole attività per come si pongono nella storia e alle quali, per indicarle appunto nella loro concretezza e individualità, daremo il nome di *scienze giuridiche* (nel senso in cui si parla correntemente ad es. di una scienza giuridica romana, di una scienza giuridica italiana ecc.).

In ordine a queste singole attività poi si potrà – anzi si dovrà – individuare, precisare, distinguere, per cercare di mettere in luce il *proprium* di ciascuna. Ma allora per ciò stesso ognuna ci apparirà, nella sua particolarità, come una formazione storica; e il suo modo di essere, piuttosto che fornire motivi di confronto con un modulo aprioristicamente fissato, verrà a rappresentare la testimonianza della sua storicità ed un tratto caratteristico dell'esperienza cui appartiene e che l'ha espressa, esprimendovisi.

In tal senso, anche la stessa circostanza che la *nostra* scienza giuridica, in molte sue correnti, sia portata a negare significato e valore di scienza del diritto a forme di attività diverse finisce per essere un'indicazione preziosa del suo particolarismo.

Man mano tutto questo si renderà più chiaro: ma intanto ciò che abbiamo detto lascia intravedere un ulteriore – fondamentale – problema, di cui la stessa formulazione riesce ardua: e cioè che la storicità delle singole "scienze giuridiche", cioè delle singole attività in concreto, coinvolge noi stessi, in qualunque nostra manifestazione, e per ciò anche nel perseguimento di una visione storica del

diritto. Infatti noi siamo, in conseguenza di tutta la nostra formazione, *dentro* una delle tante scienze giuridiche che sono nella storia, *dentro* la *nostra* scienza; sicché, quale che sia l'obbiettivo verso cui tendiamo, non possiamo andare verso di esso altro che muovendo sempre, necessariamente e inevitabilmente, dall'interno di una scienza giuridica storicamente determinata, la *nostra*, cioè quella che in una prima larghissima approssimazione possiamo chiamare la *scienza giuridica dell'Europa continentale*.

Di certo, ciò costituisce una delle maggiori difficoltà che si oppongono allo sviluppo della visione storica che ci siamo proposti; ed in essa ci troveremo di continuo impigliati. Ma difficoltà che non si supera ignorandola o accantonandola; anzi, se c'è modo di ovviarne in parte le conseguenze, è prenderne piena consapevolezza ed accettarla, essa stessa, come uno dei termini essenziali del problema del diritto nella storia e del suo studio.

Nella storia non c'è, infatti, solo il diritto che vogliamo storicamente conoscere, ma ci siamo anche noi, nella nostra storicità, che è la storicità di un'esperienza storicamente condizionata e condizionante, la *nostra* esperienza; ed in questa esperienza c'è la *nostra* scienza giuridica e *dentro* questa scienza ci siamo noi.

Tale scienza – ripeto, la *nostra* scienza – costituisce la matrice da cui dipendiamo, attraverso infinite concessioni. Tutto entra in gioco a stabilire questa dipendenza:

- il linguaggio con cui ci esprimiamo, nel suo vocabolario comune e tecnico, nella sua struttura logica e nelle sue determinanti sociali;
- i concetti che quel linguaggio evoca, per mezzo dei quali ed entro i quali si è costituita e si viene ognora costituendo la nostra esperienza;
- il riferimento di questi concetti ad una realtà che ci è familiare e che è la realtà in cui viviamo, condizionante ma pure a sua volta condizionata in qualche misura da quei concetti medesimi, per come sono, per come si trasformano, per come si rinnovano;
- il tessuto di convezioni su cui questo linguaggio, questi concetti, questi fermenti si appoggiano, in cui si inseriscono e da cui acquistano significato;
- la didattica, con tutti i suoi problemi e le sue esigenze, e con la funzione di grande rilievo che essa ha svolto e continua a svolgere non solo nella formazione degli individui, ma pure rispetto ai modi di essere della scienza;
- e tanti e tanti elementi ancora, cui è prematuro anche soltanto accennare.

E tutto ciò fa sì che appena guardiamo alla storia del diritto, alla storia delle forme della sua scienza, alla storia della nostra stessa scienza giuridica, la prima cosa che vi scorgiamo – come in un vetro un po' traslucido – è sempre il riflesso di noi stessi, della nostra scienza, della nostra esperienza; perché cominci veramente una visione storica si deve cercare di spingere lo sguardo oltre questo riflesso che si frappone fra noi e la storia, e che tuttavia è insopprimibile, essendo pur esso già nella storia: si tratta, niente di più e niente di meno, che della *nostra* presenza nella storia, della nostra storicità.

Ma se così è, ne consegue che il primo passo verso una visione storica del di-

ritto va fatto in noi stessi e verso noi stessi acquistando cioè coscienza della nostra storicità, della storicità della nostra scienza giuridica, della scienza entro cui ci troviamo e da cui muoviamo e di come essa condizioni anche la nostra visione storica. E per arrivare a questa coscienza non c'è forse altra via che cercare di ripercorrere il cammino stesso della scienza, della *nostra* stessa scienza, in alcune delle sue tappe e dei suoi problemi fondamentali.

5. Il problema della “scientificità” nei suoi riflessi sulla nostra scienza giuridica

Abbiamo detto che la scienza giuridica all'interno della quale noi ci muoviamo è quella dell'Europa continentale: una formazione storica ben determinata, di cui man mano verremo mettendo in evidenza alcuni dei suoi momenti e dati più caratteristici. Il che, mentre ci porterà proprio al nostro tema, perché in tale formazione il “diritto romano” ha avuto una funzione assolutamente preponderante, ci permetterà ulteriori precisazioni e distinzioni, le quali serviranno a meglio chiarire, oltre gli aspetti unitari, anche i tratti differenziali, che pur esistono in questo complesso, per effetto delle molteplici esperienze che si assommano nella sua storia.

Ma intanto possiamo subito dire una cosa: e cioè che una delle caratteristiche più rilevanti di questa scienza, considerata nel suo insieme, è che in essa un momento speculativo (inteso come pensiero rivolto alla conoscenza) tende sempre ad accompagnare, e talvolta a sopravanzare, il momento pratico (inteso come pensiero rivolto essenzialmente all'azione), in ciò distinguendosi da altre scienze giuridiche, nelle quali il momento pratico è il più rilevante, se non pure il solo che vi esista o che vi si riveli.

Da ciò forse il fatto, in sé incontrovertibile, che nessun'altra scienza giuridica, nel passato e nel presente, ha tanto portato la propria riflessione anche su se stessa, quanto la scienza giuridica europea: riflessione – oltre che sul proprio oggetto – sulla propria attività, sulla propria funzione, sui propri procedimenti, persino sui procedimenti con cui riflette su se stessa.

E questa riflessione è stata spinta a tal punto dalla scienza giuridica europea da arrivare a dubitare – essa medesima addirittura della sua “scientificità”, a dubitare cioè di essere e perfino di poter essere una “vera” scienza⁶.

⁶ Il problema è posto – dentro e fuori la scienza giuridica – già almeno dal Medioevo (cfr. ad es. BOCCACCIO, *De geneal. deor.*, XIV, 4: *satis patet facultatem legum non scientiam esse dicendam*) e poi in misura più ampia nel Rinascimento (cfr. ad es. NEVIZZANO, *Sylva nuptialis*, 1^a ed., 1518, lib. V, 74: “... *opponunt nobis artistae, quod professio seu notitia legalis non est scientia, quia consistat in opinionibus ...*”); ma tuttavia ha preso consistenza soprattutto dal secolo scorso e specialmente dopo la pubblicazione avvenuta nel 1847 di uno scritto del giurista tedesco I.H. v. KIRCHMANN dal titolo fortemente impegnativo e polemico: *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza)*.