

FERDINANDO MAZZARELLA

Fatto e diritto. Tradizione e progetto.
«Territori di confine»

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LIV
(2010-2011)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

FERDINANDO MAZZARELLA

Fatto e diritto. Tradizione e progetto.
«Territori di confine»*

ABSTRACT

The close relationship with facts represents the clearest sign of law's historical authenticity, which appears, accross centuries, under several forms and dimensions. From the combination of various dichotomies arises the idea of law as social phenomenon, having not much aptitude for "solidification" processes. The historical perspective, from the Middle Ages to the Twentieth Century, gives an important contribute to grasp this ontological condition of law.

PAROLE CHIAVE

Interpretazione; equità; storicismo; fattualità; socialità.

* Il presente testo riproduce, con alcune modifiche e con l'aggiunta di qualche riferimento bibliografico, l'intervento del 3 giugno 2010 presso il Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno di Firenze in occasione del seminario su *Progetto e tradizione nelle rappresentazioni dell'esperienza giuridica – Il diritto ai tempi del futuro: oltre la modernità giuridica?*.

SOMMARIO: 1. Binomi, antinomie, dicotomie. 2. Il diritto dei fatti. 3. Più definizioni, una dimensione: la storicità del diritto. 4. Solidità e liquidità: uno schema logico-filosofico. 5. Codificazione e storicismo. 6. Socialità, evolucionismo, fattualità. L'interpretazione del giurista e lo «stato fluido» del diritto. 7. Concorrenza di ordinamenti, pluralità di fonti, socialità del diritto. 8. «La rivolta dei fatti» e la crisi del legalismo.

1. *Binomi, antinomie, dicotomie.*

Attraverso la combinazione di due concetti-chiave, «tradizione» e «progetto», il Centro Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno ha avviato una comune riflessione intorno ad alcuni temi centrali dell'attuale dibattito giuridico, così come affrontati in taluni recenti volumi proposti in lettura. Volumi di diversa afferenza disciplinare, lontani per stile e per metodologia, talvolta profondamente distanti nel merito, ma tutti accomunati dal desiderio di esplorare «territori di confine», come recita la formula scelta per questa serie di seminari, dallo sforzo di accostare criticamente – per saggiarne la compatibilità, verificarne i rapporti, collaudarne le relazioni – àmbiti, concetti e figure legati da una problematica contiguità, come sfera nazionale e sfera sovranazionale, cittadino e straniero, fatto e diritto.¹

Nel libro di Massimo Vogliotti, intitolato *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, il filo conduttore si snoda lungo una trama di dicotomie (fatto e diritto, diritto ed equità, modernità solida e modernità liquida, certezza e concretezza, forma e sostanza, *Sein* e *Sollen*, diritto naturale e diritto positivo) proiettate in un percorso storico scandito da cesure di matrice filosofica, ideologica o antropologica – dall'*aequitas* medievale al giusnaturalismo moderno, dall'assolutismo giuridico della codificazione al positivismo legislativo dello Stato di diritto, dall'antiformalismo del primo Novecento alla ragionevolezza delle democrazie costituzionali – che l'Autore rilegge in controluce, ponendo al centro il tema dell'interpretazione, valorizzata nella sua funzione mediatrice, tra fatto e diritto, testo e contesto,

¹ Il seminario su *Progetto e tradizione*, in occasione del quale ha preso forma il presente intervento, rientra, infatti, in una serie denominata *Territori di confine. Seminari di lettura tra Storia e Diritto*.

norma e realtà, sistema e valori.²

Una galassia di dicotomie, dunque, perfettamente funzionali a cogliere e rappresentare le diverse sfaccettature del giuridico, ma da applicare in prospettiva diacronica con qualche cautela, in ragione, se non altro, della riluttanza con cui ciascuna realtà storica si presta ad essere racchiusa in una cifra unica ed assoluta, anziché, al più, prevalente e caratterizzante.³

2. *Il diritto dei fatti.*

«Fatto» e «diritto», innanzitutto. È la contrapposizione dalla quale discendono virtualmente le altre, una contrapposizione fra le più classiche, entrata nel lessico giuridico pacificamente, forse tralatziamente, ma che appare talvolta una dicotomia sbiadita, dai contorni sfocati, con due estremità che, anziché respingersi, si attraggono fino all'identificazione.

Il fatto è un frammento di mondo, un segmento di vita, ma è soprattutto un particolare che si fa norma. È o può diventare giuridico un rapporto sentimentale, un'opinione, un'invenzione, una serie di accordi negoziali, un ricovero, un incidente sul lavoro, un'espropriazione senza titolo, un inadempimento contrattuale, un'abitudine, un illecito, un licenziamento. Ogni fatto è giuridico, perché ogni fatto, prima di essere giuridico, è economico, sociale, culturale, spirituale, politico, naturale, fisico, biologico. «Nessun fatto» – si prova qui ad estendere al diritto una metafora letteraria di

² Si veda la recensione di P. GROSSI, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti)*, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009), pp. 1899-1912.

³ Lo si afferma nel senso inteso da B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Ius*, 10 (1959), pp. 431-444, poi in ID., *Scritti giuridici*, a cura di M. MARRONE, tomo I, Palermo 1991, pp. 169-182, quando, di fronte al dissidio fra i due ideali contrastanti della certezza e della concretezza del diritto, osservava che «ovviamente, ogni esperienza giuridica che si sia realizzata sul piano storico, sotto qualunque cielo ed in qualsiasi tempo, non ha mai optato esclusivamente per l'una o l'altra delle due esigenze di giustizia accennate; bensì sempre ha tentato di conciliarle in un equilibrio, quanto più perfetto si è saputo, pur inclinando, volta a volta, a far prevalere l'una o l'altra di esse» (p. 170).

Virginia Woolf – «è così piccolo da lasciarselo scivolare fra le dita».⁴

Attraverso l'interpretazione, un fatto affiora nel giuridico con tutta la forza della sua concretezza, non solo in occasione del processo, nel quale – è l'insegnamento di Satta – «fatto e diritto non esistono come dati esterni, storici, né come categorie astratte», ma in ogni frangente della vita sociale e ad opera di ogni singolo consociato:⁵ «l'opera creativa» dell'interprete, nella sua veste, come spiegato da Ascarelli, «di teorico o di giudice o di avvocato o semplicemente di cittadino, la cui vita quotidiana è pur piena di atti giuridici e continuamente presuppone una interpretazione del diritto», porta alla ribalta la massa dei fatti, le istanze concrete di una comunità in divenire.⁶ L'interprete, in questo senso, è certo uno storico, ma è pur sempre, come ancora suggerito da Ascarelli, in qualche misura un legislatore, che enuclea dal particolare una norma concreta destinata ad assumere, in un futuro prossimo o venturo, la valenza di regola generale.

Un'altra dicotomia, così, quella tra «diritto» ed «equità», si dissolve dinanzi alla vitalità normativa dei fatti: «l'equità», scriveva Ascarelli, «non è tanto la giustizia del caso concreto o l'attenuazione delle rigorose conseguenze del principio date le peculiarità del caso, quanto l'affermazione, in relazione a un singolo caso, di un principio nuovo e diverso che, dapprima applicato singolarmente, può successivamente ricevere applicazione generale».⁷ Il rapporto tra diritto ed equità non può dunque essere compreso se non alla luce dell'«evoluzione storica di un diritto», perché esso «si riduce a quello

⁴ V. WOOLF, *Montaigne*, 1924, in ID., *Saggi, prose, racconti*, a cura e con un saggio introduttivo di N. FUSINI, Milano 1998, p. 103.

⁵ S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, libro II, *Processo di cognizione*, parte II, Milano 1959/62, p. 190. Ancora S. SATTA, *Norma, diritto, giurisdizione*, in ID., *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. II, Padova 1969, p. 16, avrebbe aggiunto che «il giudice *ius dicit*, cioè afferma l'essere, il concreto, nei due momenti inscindibili, se pure di momenti si può parlare, del fatto e del diritto». Per ribadire, infine, che il concreto è «il momento risolutivo della giustizia, e il concreto riassorbe in sé (come appunto fa la "giustizia") e unifica in sé il fatto e il diritto» (*Critica del giudizio di Cassazione*, in *Quaderni*, cit., p. 129).

⁶ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, 1946, poi in ID., *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 88.

⁷ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, 1945, poi in ID., *Saggi giuridici*, cit., p. 63.

tra il diritto tradizionale e i nuovi principi giuridici che, storicamente, si affermano dapprima in relazione a quei casi» che per istanze di giustizia specificamente lo richiedono, ma poi «in un ambito generale per la necessaria continuità che, anche nei sistemi codificati, sussiste e deve sussistere tra le varie soluzioni».⁸

Il diritto tradizionale, pertanto, si proietta nel diritto del futuro, la «tradizione» vive nel «progetto», lo condiziona, lo definisce, ne costruisce le premesse. Il fatto di oggi è il diritto di domani, «la soluzione equitativa di oggi si può imporre come il nuovo principio generale di domani».⁹

Ma i fatti affiorano nel diritto anche in forza della loro “serialità”, di una ripetuta ricorrenza che rende legittimo e rilevante il comportamento del singolo in quanto condiviso dalla comunità, in base alle dinamiche “auto-legittimanti” del fenomeno consuetudinario.¹⁰ Normativi, sotto quest’aspetto, sono quei fatti, e più spesso quelle «serie di fatti», secondo la spiegazione di Orestano, che, «al di fuori di una preventiva posizione di norme regolatrici, valgono – col loro realizzarsi e stabilizzarsi – ad instaurare o modificare un ordinamento giuridico, nel suo insieme o in singole strutture, ponendosi, essi medesimi, come determinanti della propria legittimità ed efficacia».¹¹

All’interno di una visione ordinamentale di matrice romaniana, Orestano vede nel recupero della complessità, del pluralismo, della socialità e dunque della fattualità del diritto «il superamento delle concezioni normative in una sempre più ampia considerazione del reale storico», ma soprattutto una provvidenziale apertura verso quella sfera dell’esperienza giuridica che Capograssi aveva per primo definito, nella convinzione che «il giuridico si manifesti nel concreto dei fatti prima che nelle norme, che esso attenga ai comportamenti effettuali prima ancora che alla riflessione della scienza su di essi».¹²

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, ed. Torino 2010, soprattutto pp. 29-70, con introduzione di P. GROSSI.

¹¹ R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino 1967, pp. 28-29.

¹² Ivi, p. 17. Sul concetto di «esperienza giuridica», nella sua trasversalità ed ampiezza, G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano 1953. Sul rapporto fra

Il diritto, dunque, è, tanto per Orestano quanto per Capograssi, esperienza giuridica, da intendere, però, «nella concreta storicità delle sue diverse formazioni», quale complesso unitario di atti e fatti, norme e comportamenti, azioni e riflessioni, istituti e istituzioni, che in un preciso e determinato momento storico, «in ciascuna epoca, in ciascun ‘complesso di esperienza’ ... è concretamente vissuto e speculativamente inteso», «fuor d’ogni apriorismo e fuor d’ogni falsa generalizzazione». ¹³ «L’esperienza giuridica» – come avrebbe chiosato Fassò – quale «esperienza umana nella sua totalità, la storia stessa insomma dell’uomo», «l’esperienza storica». ¹⁴

3. Più definizioni, una dimensione: la storicità del diritto.

Dietro l’originalità che contraddistingue il pensiero di ciascuno di questi Autori, com’è evidente, sta un filo comune, robusto e antico, svelato dalla condivisa insistenza nell’«evoluzione storica», nel «reale storico», nella «concreta storicità», che ci consente di ricondurre ad un significato unitario la rilevanza attribuita ai fatti. La dimensione fattuale del diritto, nei ragionamenti di Satta, Ascarelli, Orestano, Romano e Capograssi, nelle riflessioni in tema di azione processuale, di equità, di pluralismo ordinamentale e di esperienza giuridica, altro non è che la sua storicità, il suo essere un fenomeno storico, un materiale poroso che esprime il sociale. ¹⁵ Il diritto procede con il sociale, collega la «tradizione» al «progetto», riflette la carica giuridica che ogni fatto di per sé contiene. ¹⁶ Il diritto, per dirla con Satta, è

Capograssi e Orestano, legati quasi da «due vite parallele», P. GROSSI, *Testimonianza per un Maestro: Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010), pp. 919-926.

¹³ R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., p. 20. Prima di lui G. CAPOGRASSI nei saggi *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937, *Studi sull’esperienza giuridica*, Roma 1932, *Analisi dell’esperienza comune*, Roma 1930, ora tutti leggibili in ID., *Opere*, vol. II, Milano 1959.

¹⁴ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 96-98.

¹⁵ P. GROSSI, *Storicità del diritto*, in ID., *Società, diritto, stato*, Milano 2006, pp. 97-108.

¹⁶ «L’idea del diritto in quanto creativo dell’esperienza» – sono le parole di G. CAPOGRASSI, *L’esperienza giuridica nella storia*, in ID., *Opere*, cit., vol. III, pp. 267-296 – «è essenzialmente storia. ... Tutta la vita dell’esperienza si muove e varia: il fatto, il puro fatto che si percepisce è questo» (p. 269).

«l'essere del rapporto umano, il rapporto in quanto è», che si va, storicamente appunto, svolgendo nel passato e nel presente, nella tradizione e nel progetto.¹⁷

4. *Solidità e liquidità: uno schema logico-filosofico.*

Così intesa, come storicità, la fattualità rappresenta una dimensione del diritto insopprimibile, ineludibile, ineliminabile.¹⁸ Può essere più o meno palese, più o meno clandestina, più o meno avversata, più o meno apprezzata, ma non può essere rimossa. La storicità indica infatti quella ontologica condizione di compenetrazione col sociale, con l'economico, col naturale e col fisico, che fa del diritto un fenomeno vitale e delle sue fonti concrete, dalla consuetudine alla prassi, dal giudice al notaio, dal teorico all'avvocato, i vivificanti canali di manifestazione della realtà: «il mondo in quanto diritto».¹⁹

Con questa consapevolezza, costruita sulla sovrapposibilità tra fattualità e storicità del diritto, diventa inevitabile ripensare anche la dicotomia tra «modernità solida» e «modernità liquida», partendo dal presupposto che difficilmente lo stato di solidità/liquidità del diritto può utilizzarsi come paradigma storico, come carattere in grado di distinguere un'epoca dall'altra, in un'alternanza "vichiana" fra periodi di solidità e periodi di liquidità, anzi fra contrazioni di solidificazione e processi di liquefazione, bensì, semmai, come schema logico-filosofico, per designare metaforicamente da un lato la cristallizzazione del diritto in comandi enucleati dal potere politico, dall'altro la condizione in divenire di quel diritto che, anziché dalla volontà, sale dai fatti senza soluzione di continuità.

La «solidità», quale immagine di un giuridico fatto di precetti dai

¹⁷ S. SATTA, *Norma, diritto, giurisdizione*, cit., p. 8 (e poi 11, 14 e 28). Cfr. F. MAZZARELLA SR., *Meditazioni su Satta ultimo: il diritto come l'essere del rapporto umano*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 10 (dicembre 2003), *Il diritto per principi*, pp.113-133.

¹⁸ «Che cosa è il diritto?» – si chiede ancora S. SATTA, *Norma, diritto, giurisdizione*, cit., p. 7 – «Non si tratta di definire, perché l'infinito non ammette definizioni. Si tratta di cogliere certi dati, forse un dato solo, che la realtà ci offre, e niente altro. Cogliarlo vuol dire infatti comprenderlo».

¹⁹ Ivi, p. 9.

significati scolpiti sulla pietra – ora sulle pareti marmoree di un ordine naturale, ora sulle geometrie di un sistema di diritti fondato nella ragione umana, ora sulle disposizioni positive di un ordine statualistico legale – può al più essere un'idea culturale e spirituale, come nell'*aequitas* medievale, un'astrazione filosofica con finalità legittimanti, come per il diritto razionale del giusnaturalismo e dell'illuminismo, una pretesa politica totalizzante, come nell'assolutismo giuridico dello Stato liberale, ma non una condizione storica effettiva capace di sopprimere la contaminazione tra «fatto» e «diritto».

L'osservazione appare ovvia per l'ordine giuridico medievale, la cui rappresentazione in termini di solidità è da escludere non solo in considerazione del ruolo svolto dalla consuetudine, vera e propria *interpretatio* della comunità, ma anche e soprattutto alla luce di un'idea di *iustitia*, quale insieme di precetti derivati da un'*aequitas*,²⁰ che esprime, sì, la necessità di un diritto conforme alla natura delle cose e ad un tessuto di valori ideali, ma che implica innanzitutto un diritto votato al momento dell'effettività (secondo Accursio «*iustitia est animi congrua dispositio in singulis rebus recte diiudicans*»), in uno sforzo concettuale teso alla creazione, attraverso la *interpretatio* della giurisprudenza, di istituti, figure e negozi conformi alla prassi economico-sociale del momento storico.²¹ L'*aequitas* medievale, prima ancora che ideale astratto di giustizia, è manifestazione concreta delle forze economiche, sociali, spirituali e culturali.²² Il perimetro della sfera dei fatti non potrebbe essere più ampio, perché più estesi sono i confini della funzione giurisdizionale, intesa come accertamento, da parte dell'*interpres*, vale a dire del giudice e del giurista, ma anche del legislatore e della comunità, di una realtà oggettiva, ontologica, naturale, ma anche, e forse prima di tutto,

²⁰ «*Iustitiae fons et origo est aequitas*», scriveva il glossatore Martino: *Exordium Institutionum*, in Irnerio, *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in G.B. PALMIERI, *Scripta anecdota glossatorum*, vol. I, Bologna 1913, p. 4, nota a.

²¹ Gl. *iustitia*, Inst.1.1.1, *de iustitia et iure l. iustitia*. Cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004.

²² F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 76 (2003), pp. 93-133.

economica e sociale.²³

Allo stesso modo risulta ambiguo il ricorso alla «solidità» per esprimere la cifra giuridica dell'età moderna, dei secoli XVI, XVII e XVIII, dominati, per dirla con Bobbio, dal «modello giusnaturalistico», conformemente al quale il diritto si identifica con un insieme di regole certe in quanto logicamente e razionalmente evidenti, senza per questo, tuttavia, perdere contatto con la concretezza dei fatti economici, sociali, spirituali e naturali.²⁴ La razionalità (ovvero, meglio, la ragionevolezza) del diritto, infatti, è in concreto misurata dalla *interpretatio* della giurisprudenza, dall'*aequitas* e dall'*arbitrium* dei Grandi Tribunali, dalla conformità agli usi e alle consuetudini, in primo luogo quelle fondamentali del Regno.²⁵ Da un lato il parametro di razionalità diventa fonte di legittimazione del diritto, nonché, di conseguenza, argine contro l'arbitrio del potere assoluto.²⁶ Dall'altro il diritto razionale di natura è identificato, dagli umanisti e dai giusnaturalisti, con il diritto romano, dotato di intrinseca razionalità, miniera di categorie, figure e istituti da adattare in concreto alla realtà storica. *Aequitas*, *ratio*, *interpretatio* e *iurisdictio* rimangono i fondamenti costituzionali dell'ordine giuridico, in un contesto filosofico che getta le premesse della codificazione, ma che non può non rispettare, conformemente al suo statuto particolaristico, la storicità del fenomeno giuridico.

²³ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, pp. 151-195.

²⁴ N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. I, Firenze 1977, pp. 73-93.

²⁵ Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Un diritto «allo stato fluido»*. Note storico-giuridiche su *aequitas* e *ragionevolezza*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11 (1/2006), pp. 121-144, e "Stato fluido" del diritto e *ragionevolezza* fra età moderna ed età contemporanea, in AA. VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Atti del Convegno di Studi (Roma "La Sapienza". 2-4 ottobre 2006)*, Roma 2007, tomo II, pp. 359-377.

²⁶ Si vedano, anche per i necessari riferimenti bibliografici, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, soprattutto pp. 1-104; P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 443-469; D. QUAGLIONI, *I limiti del principe legibus solutus nel pensiero giuridico-politico della prima età moderna*, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a cura di A. DE BENEDICTIS e I. MATTOZZI, Bologna 1994, p. 55-71; M. STOLLEIS, «*Condere leges et interpretari*». *Potere legislativo e formazione dello stato agli albori dell'età moderna*, in ID., *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna 1998, pp.135-164.

5. Codificazione e storicismo.

Di certo più plausibile appare il ricorso alla «solidità» per descrivere l'assetto delle fonti che si va delineando con il passaggio all'età della codificazione, alimentato dall'assunto di fede illuministica in base al quale i principi giuridici di ragione debbano essere racchiusi in testi legislativi confezionati dall'opera del legislatore. Il diritto tende a cristallizzarsi negli articoli del Codice e l'aspirazione ad una dimensione solida tende effettivamente ad occupare lo spazio giuridico, senza concessioni alla sfera dei fatti, condannati all'irrelevanza dalla concezione meccanicistica e sillogistica dell'interpretazione.

Anche l'Ottocento, però, è in realtà un secolo complesso, attraversato da aporie, contraddizioni e insofferenze, movimenti alternativi ed ereticali. Quello che scaturisce dal laboratorio illuministico è un programma politico, un manifesto ideologico, un «progetto», per tornare ad uno dei concetti-chiave suggeriti per la nostra riflessione, con il quale, in particolare, si prendono le distanze dalla «tradizione» (l'altro concetto-chiave appunto), dal diritto storico, rifiutato come irrazionale. La riduzione del diritto ad un sistema ordinato di disposizioni legislative costituisce una pretesa del potere politico, che produce mitologie, «mitologie giuridiche»,²⁷ le quali, come fin dal 1947 ammonito da Santi Romano, sono delle «inopie», degli «universali fantastici», non ragionati, delle non verità, il contrario della realtà.²⁸

Sotto la spessa patina del legalismo, durante il secolo XIX, sarebbe scorso un fiume carsico, che avrebbe convogliato le insoddisfazioni della scienza giuridica e della comunità tutta nei confronti dell'immobilismo del diritto formale, retrocedendo la solidità a cifra caratterizzante, ma non esclusiva, della modernità liberale. A parte le ambigue aperture a fonti extralegislative, sparse qua e là nelle diverse codificazioni europee – come l'equità inizialmente

²⁷ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007³, ma volendo ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), pp. 217-240.

²⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. Milano 1953, pp. 126-128.

prevista nel progetto del *Code Napoléon*, i principi del diritto naturale invocati dal § 7 dell'ABGB, i «principii generali di diritto» richiamati dall'art. 3 delle disposizioni generali del Codice civile italiano del 1865, gli usi mercantili contemplati nell'art. 1 del Codice di commercio italiano del 1882 e il diritto forale esaltato dagli artt. 13 e 14 del Codice civile spagnolo del 1888 – che già da sole tradiscono l'insufficienza di un diritto chiuso nell'astrattezza di un sistema legislativo, il secolo XIX, quasi a voler bilanciare la deriva legalistica della codificazione, si sarebbe aperto, infatti, con una delle più celebri e fortunate professioni di storicismo giuridico: quella della Scuola storica savigniana.

A partire dal corso di *Metodologia giuridica* del 1802, Savigny iniziò a mettere a punto, anno dopo anno, tassello dopo tassello, la sua idea del diritto come momento della vita del popolo, «creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, poi dalla giurisprudenza, [...] sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore».²⁹ La codificazione avrebbe arrestato lo scorrere del diritto, la sua stessa storicità, giacché il diritto era per sua natura in perenne trasformazione, aveva, al pari della lingua e dei costumi, una natura ontologicamente consuetudinaria. Il diritto scaturiva dalla storia, ma derivava, soprattutto, dall'opera della scienza giuridica, chiamata a leggere il divenire storico, a cogliere ed elaborare, al pari dei pretori romani, il materiale giuridico esistente nei fatti, con «l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprirne così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia»³⁰. Il giurista, pertanto, avrebbe dovuto possedere «una duplice attitudine»: «senso storico per cogliere acutamente ciò che è peculiare di ogni epoca» e «mente sistematica per considerare ogni concetto e ogni principio nella sua viva relazione e interazione con

²⁹ F.K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, trad. it. *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli 1992, p. 101.

³⁰ Ivi, p. 168.

l'insieme, cioè nell'unico contesto reale e naturale».³¹ La stessa legislazione, nel *System* riammessa tra le fonti del diritto, veniva attratta nella dimensione storicistica del diritto, sottoposta al filtro di una scienza giuridica che, ponte fra «teoria» e «pratica», avrebbe ricondotto la legge, al pari della consuetudine, a quella razionalità che Savigny intendeva come *coerenza* con il divenire storico e *conformità* al diritto concretamente posto dalla realtà sociale.

6. *Socialità, evolucionismo, fattualità. L'interpretazione del giurista e lo «stato fluido» del diritto.*

La storicità del diritto, suggestivamente teorizzata dalla Scuola di Berlino, avrebbe influenzato l'intero Ottocento, sollecitando, a fronte del progetto di rarefazione giuridica promosso dallo Stato, un processo di riavvicinamento fra diritto e società, di accostamento del giurista ai fatti economici e sociali: «quasi tutte le parole d'ordine e le prese di posizione della cultura del XIX secolo», come osservato da Wieacker – il *Volksgeist* di Savigny, il diritto giurisprudenziale di Puchta, il diritto nazionale di Beseler, la giurisprudenza degli interessi di Jhering, il diritto associativo di Gierke – «si lasciano ricondurre a questo processo e ... sono tutti tentativi (non diversamente che la formula marxiana dell'alienazione dell'uomo nella società capitalistica) per il ristabilimento della identità tra la coscienza giuridica e giuridico-scientifica da un lato e la riscoperta natura storica e dunque comunitaria dall'altro».³²

La componente storicistico-fattuale riaffiorava nel diritto commerciale e nel diritto civile, nel diritto costituzionale e nel diritto amministrativo, in Gierke e in Vivante, in Goldschmidt e in Saleilles, perfino nella costituzione storico-organicistica di Jellinek, ancorata «al fatto storico dello sviluppo graduale del potere statale», e nel realismo di Orlando, teso a ricondurre l'azione dello Stato «entro limiti predeterminati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza

³¹ Ivi, p. 122.

³² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, trad. it *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. II, Milano 1980, p. 18.

giuridica del popolo».³³

Ma sarebbe stato soprattutto con i movimenti più direttamente connessi al positivismo scientifico, al darwinismo, all'evoluzionismo e alla sociologia, che i giuristi, in primo luogo italiani, avrebbero dichiaratamente eletto i fatti economici e sociali a fonte primaria di un diritto in grado di riflettere le quotidiane trasformazioni dell'organismo sociale, nel solco di una tradizione di chiara impronta storicistica, che considerava il diritto «un fatto storico-sociale», «un prodotto della cultura, una realtà concreta della vita», che nasce e si trasforma «con processo organico di sviluppo nel corso della storia».³⁴ Il riconosciuto primato dei fatti, che scaturiva dalla convinzione secondo la quale il fenomeno giuridico fosse, al pari di quello sociale e di quello cosmico, un succedersi «dinamico» determinato dalle leggi dell'evoluzione, equivaleva ad una professione di «storicità», di «evolubilità storica».³⁵

³³ Cfr. rispettivamente G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, München-Leipzig 1927⁴, trad. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. NOCILLA, Milano 2002, p. 117, e V.E. ORLANDO, *Sulla teoria dei «diritti pubblici subiettivi» di Jellinek*, prefazione alla traduzione italiana dell'opera di Jellinek, *System der öffentlichen Rechte*, Milano 1911, poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, rist. Milano 1954, p. 282, ma anche, nel medesimo volume, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, 1881, pp. 557-578, nel quale Orlando identifica il fondamento di ogni potere «nelle condizioni storiche, sociali, etnologiche, economiche, dal complesso delle quali deriva che quella data forma, e soltanto quella, si adatta a quel dato popolo in quella data fase della sua esistenza storica» (p. 570). Fondamentali, su questo aspetto del pensiero orlandiano, sono gli scritti di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, in particolare pp. 3-58, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano 2001, pp. 67-180, nonché, nel tomo II, *Costituzione e Stato di diritto*, pp. 575-604. Inoltre, su *Il problema di V.E. Orlando*, come lo definiva G. CAPOGRASSI, in ID., *Opere*, cit., vol. V, pp. 357-383, si vedano S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971, specialmente pp. 21-29, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli 1963, pp. 102-173, e C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 3 (1953), pp. 69-95, oltre che, nello stesso numero della Rivista, G. AMBROSINI, *Diritto, Stato e comunità superstatale nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, pp. 787-790.

³⁴ I. VANNI, *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, Verona 1890, pp. 49 e 12.

³⁵ Ivi, pp. 49-51.

«Il diritto, come legge della socialità», era chiamato, annunciava Cimbali nel 1881, «a governare e riprodurre, quale esso si svolge nel fatto, il gran dramma della vita armonicamente complessa»; il diritto era «la vita» e come la vita era «in continuo divenire», così «nell'organismo del Diritto» avrebbero dovuto «riflettersi con perfetta rispondenza cotali mutamenti». ³⁶ Occorreva «scoprire perfettamente i rapporti della vita reale», forgiare un diritto civile che «compendii in sé e riproduca con perfetta regolarità ... l'organismo del Diritto privato quale esso si presenta e vive svolgendosi in contatto colle mutabili esigenze della vita sociale», perché «l'uomo non può considerarsi quale realtà concreta e vivente se non collocato in un dato tempo ed in un dato luogo, con certe qualità e certi difetti, in rapporto perenne coll'ambiente circostante dal quale è modificato, ed il quale egli modifica a sua volta con certo grado di coltura ed un grado analogo di moralità, con data forma e data misura del vincolo sociale che, rispondente e congiunto al complesso delle sue condizioni fisiche, intellettuali, economiche, religiose e politiche, costituisce la struttura particolare di un popolo in un dato momento storico» ³⁷.

Il progetto di un diritto agganciato all'evoluzione storica dell'organismo sociale, soggetto ai cambiamenti innescati dalle dinamiche complesse dell'industrializzazione, portava a ridefinire la legge in termini di «istituto vivente» e «centro dinamico di forze» ³⁸, da adattare continuamente agli elementi esteriori e da assoggettare ad una progressiva trasformazione, ma imponeva soprattutto di ripensare su più larga scala il quadro delle fonti del diritto, attribuendo all'interprete la funzione di elaborare un diritto conforme alla realtà storica, di partire dalla legge, come anche Simoncelli nel 1889 avrebbe invocato, ma di ricostruire il diritto ascoltando la vita reale, l'esperienza giuridica e il divenire storico, perché «la legge di uno Stato» non avrebbe esaurito tutto il diritto e «la sua interpretazione» non sarebbe stata «la rivelazione della volontà del legislatore», bensì

³⁶ E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma 1881, poi in ID., *Studi di diritto civile*, Torino 1900², pp. 21-22.

³⁷ Ivi, p. 21.

³⁸ Ivi, p. 26.

«lo studio della stessa vita sociale».³⁹

I giuristi, così, si riappropriavano della loro funzione creativa, tornavano ad essere, come i «*Giureconsulti di Roma*», «i legislatori sperimentali dei singoli fatti individuali».⁴⁰ Il diritto riguadagnava concretezza, storicità, fattualità, viveva «nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico»,⁴¹ era «fluido nerveo dell'organismo», come avrebbe azzardato nel 1883 Vadalà-Papale, ricorrendo ad una metafora, quella dello «stato fluido», destinata, opposta com'era all'idea della «solidità», a larga fortuna.⁴²

7. *Concorrenza di ordinamenti, pluralità di fonti, socialità del diritto.*

Già nel 1906, nel solco di quell'itinerario che lo avrebbe portato a riassumere in termini di «eccessiva semplicità» le cause della «crisi dello Stato moderno», Santi Romano avrebbe raccolto l'immagine suggerita da Vadalà-Papale, spiegando che il diritto pubblico non avrebbe potuto essere codificato perché era un diritto «allo stato, per dir così, fluido».⁴³ Una volta scelto il piano «storico-sociale» come base di partenza per l'osservazione del fenomeno giuridico, il giurista palermitano frantumava il monismo della legge in un quadro che, specchio fedele del pluralismo ordinamentale, si arricchiva di fonti sociali, fattuali, decentrate:⁴⁴ «prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali», il

³⁹ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Roma 1938, pp. 423-424.

⁴⁰ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in *Rivista di Giureprudenza di Trani*, 8 (1883), estratto con numerazione autonoma, pp. 7-8.

⁴¹ ID., *L'ordinamento della legge positiva nella società*, in *Antologia giuridica*, 7 (1893), poi Catania 1893, p. 4.

⁴² ID., *La filosofia del diritto a base sociologica*, in *Il Circolo giuridico*, 16 (1885), I, p. 176.

⁴³ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 nella Regia Università di Modena, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, pp. 163-165. Nello stesso volume, alle pp. 3-26, si trova l'altro saggio al quale si è fatto riferimento, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa.

⁴⁴ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (2006), pp. 377-395, ora in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, pp. 669-688.

diritto era «organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per se stante».⁴⁵

Da qui il valore riconosciuto alla dimensione storico-fattuale del diritto: tanto alla «necessità», «che è la fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali», fino ad essere «essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado»; quanto alla consuetudine, dalla quale «tutto il diritto scritto ... viene dominato, quasi penetrato».⁴⁶ La stessa origine dello Stato, in questa prospettiva, sarebbe stata «un fatto», che non appena «compiuto» avrebbe determinato l'obiettiva esistenza del «diritto».⁴⁷ Come pure avrebbe potuto «in linea di fatto» un qualunque ordinamento, «prima istituito come subordinato ad un altro, per esempio, a quello dello Stato, quando quest'ultimo dichiara di annullarlo», trovare «in se medesimo l'energia di continuare a vivere o farsi valere, in opposizione al divieto fattogli».⁴⁸

Anziché forma, volontà o comando, il diritto si identificava col mero *fatto* dell'istituzione, con l'obiettiva esistenza dell'ordinamento, conformemente ad una visione che, privilegiando il piano sociale rispetto a quello politico, spingeva nello stesso torno di anni Léon Duguit a considerare il diritto «una regola oggettiva», «una regola di fatto», originata e immersa nella realtà sociale, che s'imponeva agli uomini «non in virtù di un principio superiore», ma «in virtù e per la forza dei fatti, perché l'uomo vive in società e non può vivere che in società».⁴⁹

L'immagine dello «stato fluido» diventava un riferimento diffuso, utilizzato e condiviso, funzionale a tutti coloro che, come Cesarini-Sforza, distinguevano fra il diritto e la legge, fra ordinamenti in cui «le

⁴⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946², p. 22.

⁴⁶ ID., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, 1902, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., specialmente pp. 142-148. Sul punto F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 199-212.

⁴⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 42.

⁴⁸ Ivi, p. 123. Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1901, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 27-116.

⁴⁹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, pp. 12-16.

norme giuridiche non sono permanentemente differenziate da principi etici o, in genere, extragiuridici, e che corrispondono ad organizzazioni allo stato fluido o diffuso», e ordinamenti in cui «le norme hanno un preciso valore giuridico, e che corrispondono ad organizzazioni specializzate, ossia allo stato solido». ⁵⁰ L'apertura verso la componente storicistico-fattuale del fenomeno giuridico si confermava il cippo di confine tra concezioni monistiche e pluralistiche, formali e sostanziali, legalistiche e sociali: mentre Kelsen affermava che «il fondamento della validità di una norma» sarebbe stato «sempre una norma, non un fatto», ⁵¹ Cesarini-Sforza conveniva che «il diritto sorge non col fatto, ma con la qualificazione giuridica del fatto», ritenendo però «logico» che «perché la qualificazione giuridica avvenga, ci debba essere un fatto da qualificare», sicché – era l'inequivocabile conclusione – «*senza un fatto il diritto non nasce*». ⁵²

8. «La rivolta dei fatti» e la crisi del legalismo.

La parabola della «modernità solida», iniziata con la propaganda illuministica e con la codificazione napoleonica, aveva incominciato a declinare, in conclusione, prima ancora di compiutamente dispiegarsi, minata alle fondamenta dall'intrinseca storicità del fenomeno giuridico. I fatti avrebbero progressivamente riguadagnato spazio, deformando le disposizioni inattuali, ribellandosi all'immobilismo del Codice borghese. ⁵³ Ancor prima che le tendenze gius-liberiste, maturate nei primi del Novecento in Francia, in Germania e negli Stati Uniti, erodessero il monopolio del legislatore, la «natura dei fatti», per ricorrere alla fortunata formula adoperata nel 1921 da Alberto Asquini, ⁵⁴ sarebbe riemersa in ogni occasione, mettendo a

⁵⁰ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929, ed. Milano 1963, pp. 29 ss. Si rinvia di nuovo a F. MAZZARELLA, *Un diritto «allo stato fluido»*, cit., e «*Stato fluido*» del diritto e ragionevolezza, cit.

⁵¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1966, p. 112.

⁵² W. CESARINI-SFORZA, *Ex facto ius oritur*, in AA. VV., *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, vol. I, Modena 1930, p. 95.

⁵³ G. MORIN, *La révolte de faits contre le Code*, Paris 1920.

⁵⁴ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Archivio giuridico*, 86 (1921), pp. 129-147.

nudo l'insufficienza di un diritto ipostatizzato nel legale, fino alla cosiddetta «crisi» conseguente agli orrori dei totalitarismi, al «diritto dopo la catastrofe», che avrebbe però rivelato, come si spera di aver dimostrato, una verità già da tempo conosciuta.⁵⁵

⁵⁵ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in ID., *Opere*, cit., vol. V, pp.151-196.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2011
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

