

IL DIRITTO MOBILE NEL TEMPO E NELLO SPAZIO*

CHANGING LAW IN TIME AND SPACE

Alessandra Bassani

Università degli Studi di Milano

Abstract English: The essay collects the reflections shared by the Author during the conference *Dialogo transdisciplinare e identità del giurista* organized by the Law Faculty of the University of Milan in September 2022. The dialogue with legal positivists who share with the law historians the task of training the jurists of future led to a reflection that retraced the research carried out in recent years, or currently in progress, by collaborating with colleagues from various legal and historical disciplines, on notaries, on criminal law, on administrative jurisdiction, on the repression carried out by the Special Tribunal for the Defense of the State in Libya during the Fascist period.

Key words: law history; notary; administrative justice; comparative legal history; legal transplant

Abstract Italiano: Il saggio raccoglie le riflessioni condivise dall'Autrice in occasione del Convegno *Dialogo transdisciplinare e identità del giurista* organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano nel settembre 2022. L'occasione di dialogo con cultori delle materie di diritto positivo che condividono con i giuristi storici il compito di formazione degli operatori del diritto di domani ha stimolato una riflessione che si è sviluppata ripercorrendo le ricerche svolte in anni recenti, o attualmente in corso, collaborando con colleghi di diverse discipline, giuridiche e storiche, sul notariato, sul diritto penale, sulla giurisdizione amministrativa, sulla repressione attuata in Libia dal Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato.

Parole chiave: storia del diritto; notariato; giurisdizione amministrativa; comparative legal history; legal transplant

Sommario: 1. Gli storici del diritto – 2. Il tempo degli uomini e il tempo del diritto - 2.a. Il notariato – 2.b. Il diritto di punire – 2.c. La giurisdizione amministrativa – 3. Nello spazio – 3.a. Comparative Legal History – 3.b. Il Legal Transplant – 4. Conclusioni.

* Questo contributo è la rielaborazione, con l'aggiunta di riferimenti bibliografici essenziali, della relazione presentata al Convegno della Facoltà di Giurisprudenza di Milano *Dialogo transdisciplinare e identità del giurista* che si è svolto con la direzione scientifica dei professori Roberto Sacchi e Francesca Biondi nei giorni 19 e 20 settembre 2022.

- ❖ Italian Review of Legal History, 8 (2022), n. 18, pagg. 621-636
- ❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>
- ❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.54103/2464-8914/19454. Articolo pubblicato sotto Licenza CC-BY.

1. Gli storici del diritto

Gli storici del diritto sono costituzionalmente multi e transdisciplinari: la nostra materia pretende una preparazione che ci metta in grado di orientarci tra le fonti del diritto privato, come del penale, come del processo e del diritto commerciale. Ognuno di noi poi ha poi i suoi maestri, le sue passioni, il suo percorso scientifico fatto di programmazione ma anche, spesso, di incidenti e di incontri.

Una scelta 'di base' che lo storico del diritto può fare è quella di volgere maggiormente i suoi interessi all'aspetto legislativo e dottrinale delle fonti, fino ad approfondire l'humus filosofico dell'epoca e dell'argomento che studia, oppure volgersi verso il basso, e approfondire gli output che la legislazione e la dottrina producono nella prassi: i contratti, i testamenti, le sentenze, gli atti amministrativi.

Io ho lavorato su entrambi i versanti, ma vorrei insistere qui sull'importanza del secondo di essi, perché se è vero che il diritto incide sulla vita e sui beni delle persone, e che questo vale sempre, almeno potenzialmente, anche per le leggi e per le dottrine, è altrettanto vero che tale incidenza si misura con particolare precisione e concretezza proprio nell'esame della prassi.

Perciò il diritto di cui voglio parlare oggi è quello che esiste materialmente nel tempo e nello spazio, quello che trasforma direttamente la vita e i beni delle persone storicamente esistenti.

Un altro presupposto 'metodologico' dello storico del diritto nasce dal fatto che la vocazione della nostra materia è non solo scientifica ma anche in pari tempo, sin dalle origini, didattica. Noi facciamo ricerca per insegnare e il nostro orizzonte è la formazione del giurista: come si è detto *ab antiquo* di Irnerio, padre di tutti noi giuristi, egli 'studendo coepit docere'.

Noi docenti universitari oggi nei corsi di Giurisprudenza insegniamo le nozioni e le linee del diritto vigente o intendiamo formare delle persone che agiranno usando criticamente, anche in dimensione etica e non solo formale, quelle norme che costituiscono oggetto dei nostri corsi?

Io credo fermamente che un buon giurista sia quello che non prescinde mai dalla comprensione e condivisione dell'aspetto umano ed etico della disciplina giuridica, non solo quando si occupa di diritto penale o di diritto di famiglia, ma anche quando gestisce contratti di compravendita o questioni di diritto societario e fiscale.

Se si parte dal presupposto che il diritto sia una scienza umana, e non un sapere tecnico, la comprensione di un istituto giuridico si basa sulla conoscenza dei motivi per i quali esso assume una determinata forma oggi ma ne avrà una diversa, probabilmente, domani: quella forma, quel dato tecnico, sono l'esito di un percorso 'nel tempo' che vede degli uomini e delle donne, i giuristi, i nostri studenti dopo che noi li avremo formati, agire responsabilmente nella storia, guidati da una profonda consapevolezza della relatività delle norme nel tempo e nello spazio, altrimenti il rischio è la chiusura nella casta, nel privilegio del sapere e del saper fare.

Lo sforzo che la nostra disciplina sta attuando negli ultimi decenni è stato proprio volto a connettere lo scavo nelle fonti del passato, che può appassionare ma rischia di risolversi in erudizione, con lo scorrere del ‘tempo degli uomini’ e con il posizionamento nello spazio degli eventi umani: queste connessioni possono apparire semplici ma non lo sono affatto.

2. Il tempo degli uomini e il tempo del diritto

Vi propongo tre esempi, molto diversi e lontani nel tempo, che mi offrono la possibilità di esplorare le ricadute metodologiche della interdisciplinarietà della ricerca storica in ambito giuridico:

- il notariato
- il diritto di punire
- la giurisdizione amministrativa

Voglio analizzare questi temi servendomi del concetto di ‘funzione’, che è uno degli strumenti metodologici che connettono la nostra materia ad altre discipline, in particolare la storia delle istituzioni, l’antropologia, la sociologia e la diplomatica, cioè lo studio e l’interpretazione dei documenti antichi.

Lo strumento ermeneutico ‘funzione’, a sua volta, può venir utilizzato in due sensi: oggettivamente, cioè ‘a cosa serve l’istituto giuridico oggetto di studio’, e soggettivamente, cioè ‘da chi è messo in atto’.

2.a. Il notariato

Partiamo dai notai: studiati nel tempo, attraverso la lente della ‘funzione’ di mediazione oggettivamente intesa¹, rivelano il motivo per il quale, nell’area geografica del continente europeo, essi abbiano il ruolo di custodi della fede pubblica, diversamente da quanto accade nell’area di common law².

Infatti, osservato nel tempo come mediatore fra società, cultura, religione e politica il notaio risulta incatenato ancora oggi al ruolo che in epoca medievale

¹ Bassani, Mangini, Pagnoni (eds.), 2022; Bezzina, Calleri, Mangini, Ruzzin (eds.), 2022; Bassani, Pulitanò (eds.), 2022: i tre volumi sono esito del progetto di ricerca multidisciplinare *Limen, Linguaggi della Mediazione Notarile tra Medioevo ed Età Moderna*, guidato dalla professoressa di diplomatica Marta Mangini del Dipartimento di Studi Storici di UniMi, presentato nel luglio 2019 al Bando Straordinario per Progetti Interdipartimentali dell’Università degli Studi di Milano e ritenuto meritevole di finanziamento con il riconoscimento del *Seal of excellence* nel 2020. Il progetto si valeva delle competenze di diplomatisti, storici del medioevo, storici del diritto IUS18 e IUS19 e storici dell’arte. Sul Notariato medievale italiano si è tenuto il Corso di Studi CERM di Trieste nel 2021 i cui principali interventi sono stati pubblicati nel n. 7 (2021) della “Italian Review of Legal History”: in particolare Cammarosano, 2021.

² Piergiovanni (ed.), 2006. Schmoeckel, Schubert (eds.), 2009.

ha assunto di 'riconoscitore', colto e pratico nello stesso tempo, delle persone e dei beni in un'epoca priva di strumenti di accertamento: gli uomini, e le donne, che agivano all'epoca, digiuni di diritto e spesso anche analfabete, necessitavano non solo di chi sapesse leggere e scrivere e conoscesse il diritto romano e quello cittadino, ma anche di qualcuno che, per questo suo sapere, meritasse la fiducia della comunità di appartenenza. Le istituzioni politiche, allo stesso modo dei loro *cives*, individuavano così nel *notarius* colui che 'conosceva' la comunità, ne identificava gli appartenenti, otteneva le informazioni che servivano alla certezza dei rapporti giuridici. In questo contesto storico è avvenuta la trasformazione della *charta* in *instrumentum* e all'*instrumentum* che fa prova fino a querela di falso si aggancia, e non è poco, il valore del rogito notarile ancora oggi³.

Per i notai fondamentale è stata la scelta che essi attuarono nei secoli altomedievali della lingua, il latino volgare e longobardizzato, 'orripilante' a detta dei filologi, della scrittura, la corsiva nuova italiana, 'leggibile solo per la scrive' secondo i diplomatisti, dei simboli, irrinunciabili *signa* di riconoscimento sovrapponibili, concettualmente, alla nostra chiavetta OTP per la firma digitale.

Strumenti di questa ricerca 'funzionale' declinata secondo il ruolo di mediatore che i notai rivestirono, sono gli atti che essi hanno materialmente prodotto: i contratti, i testamenti, i legati che vengono interpretati per noi dai diplomatisti e contestualizzati dagli storici del medioevo. È necessario perciò dialogare con gli storici, con i diplomatisti, con gli storici economici e usare le loro competenze apprendendo dalle loro ricerche: perché un testamento, un legato, un contratto medievale non è solo il suo contenuto, ma anche il suo redattore, la sua città, il suo supporto scrittorio, la storia della sua conservazione.

Per esempio, le formule che leggiamo nella *summa* di Rolandino Passeggeri⁴, attivo a Bologna nella seconda metà del Duecento, per i legati testamentari volti alla restituzione dei profitti illeciti conseguiti dagli usurai che desideravano restituire almeno una parte di questi *male ablata* per presentarsi ripuliti all'incontro con il Padreterno, lette e interpretate dal punto di vista tecnico sono certo interessanti ma monodimensionali. Inserite nel contesto della città medievale e degli studi condotti dagli storici economici sul tema dell'usura e sulla reimmissione in circolo della ricchezza per il progresso della vita della comunità si pongono quale chiave ermeneutica per comprendere il ruolo di consigliere spirituale che il notaio giungeva a ricoprire nel medioevo e che costituisce uno degli elementi che ha consentito alla professione notarile di affermarsi nel continente europeo. Tale ruolo acquista sostanza nel momento in cui scopriamo dalla lettura dei legati stesi sulla pergamena delle imbreviature quali fossero le modalità effettive attraverso le quali la restituzione avveniva: spesso anche trasformandosi in 'investimenti' per la comunità, quali luoghi di cura, chiese, opere artistiche⁵.

³ Bassani, 2022.

⁴ Tamba, 2002.

⁵ Gaulin, Todeschini (eds.), 2019.

Ancora: lo studio delle formule stese da Rolandino per i contratti ‘nuovi’ inventati dall’inesauribile prassi commerciale (cambiale, società, procedure di insolvenza) e protoindustriale (apprendistato, organizzazione del lavoro salariato, controllo sui metodi di produzione) dei comuni medievali, calate nei contratti che vennero effettivamente stesi e che vengono interpretati e trascritti per noi dai diplomatisti, ci rivela come nei diversi contesti cittadini i notai si ponessero in relazione con realtà economiche profondamente diverse utilizzando modalità costanti. Essi si affermarono così in tutta l’Europa continentale non solo quali indispensabili specialisti del linguaggio e delle normative legali ma come co-protagonisti per il progresso economico e come interfaccia fra le corporazioni mercantili e artigianali e l’autorità politica, alla quale garantivano la sicurezza dei rapporti giuridici: e questo fu uno dei motivi per i quali gli organismi politici riconobbero alle corporazioni dei notai il ruolo di certificatori della *publica fides* della quale le società che governavano avevano un disperato bisogno⁶.

La dinamicità che caratterizza questa professione si collega alla sua ‘funzione’ di mediazione e costituisce una costante millenaria: le potenzialità euristiche di un approccio ‘funzionale’ sono emerse chiaramente da un incontro multidisciplinare organizzato da me e dalla professoressa Pulitanò di IUS18⁷ che ha fatto incontrare romanisti, storici del diritto e notai sul tema della ‘funzione’ di mediazione del notariato dall’epoca romana ad oggi. Come sottolineato dal Notaio Alessandro Balti in quell’occasione, la tecnologia *blockchain*, nella sua versione ‘permissioned’, potrà forse essere utilizzata al fine di ottenere miglioramenti al sistema dei registri immobiliari esistente. Il notariato italiano ha, allo scopo, presentato nel 2017 la ‘Notarchain’, sviluppata con IBM, ossia una *blockchain* certificata dai Notai, nella quale le informazioni sono inserite e gestite non in maniera anonima, ma dai medesimi Notai, che si dimostrano ancora una volta, novecento anni dopo i notai genovesi, capaci di rispondere alle sfide poste dalle esigenze sociali ed economiche in rapidissima mutazione.

2.b. Il diritto di punire

Il secondo esempio involve un problema che è da sempre al centro dell’attenzione dei colleghi penalisti: il diritto dello stato di punire e la finalità che la pena deve rivestire⁸.

Cerco di analizzare questo tema attraverso lo strumento della ‘funzione’ della pena e del suo corollario pratico: l’effettività delle pene previste e irrogate nelle sentenze.

⁶ Costamagna, 1970 e 1975. Piergiovanni, 2002.

⁷ L’incontro, che ha ricevuto l’accreditamento dal Consiglio Nazionale del Notariato, si è svolto nel novembre 2021 nell’ambito del progetto *Limen* (vd. supra nt. 1).

⁸ Il castigo, 2022.

Non mi soffermo sul dibattuto problema del diritto di punire nel sistema penale odierno, che viene declinato in modi differenti a seconda della funzione che si vuole dare alla pena, incluso il fatto che la costituzione prevede una precisa funzione rieducativa, peraltro non sempre condivisa da una cospicua componente della politica e dell'opinione pubblica, più incline ad appiattirsi sulla funzione retributiva.

Se voglio studiare il tema in senso diacronico, per formare un giurista consapevole della 'densità politica' del diritto penale, non posso limitarmi al dato normativo: solo per fare un esempio relativo ad un'epoca che mi è familiare gli statuti medievali dicono con chiarezza che, nel caso di stupro attuato con violenza, la pena è quella di morte. Interessante è però notare che negli elenchi di pene capitali eseguite nel corso del medioevo a Bologna nessuna sentenza capitale per stupro viene eseguita in duecentocinquanta anni⁹: perché? Le risposte sono molteplici e ci vengono dagli studi di storia sociale, che analizzano le modalità compositive interfamiliari di risoluzione dei conflitti, modalità guidate dal concetto di 'onore' molto più che dalle esigenze punitive¹⁰, e dai sondaggi archivistici, da cui emergono dati che, interrogati attraverso la statistica, ci informano sulle difficoltà procedurali di completare un processo, dovute all'imponente fenomeno della contumacia e del bando per assenza, o di completarlo ottenendo una condanna¹¹. Questi dati, uniti agli strumenti tipici dello storico del diritto, cioè il confronto con la disciplina canonistica e la dottrina delle fonti consiliari e trattatistiche, ci forniscono un quadro più complesso e problematico sul tema della 'funzione' della pena e dell'effettività della repressione penale, che inserisce il diritto di punire in un contesto molto meno asettico e rarefatto di quello normativo. Le dinamiche di composizione dei conflitti, dall'alto medioevo fino alla Rivoluzione Francese, si realizzavano attraverso una notevole permeabilità fra società e organi che detenevano la *iurisdictio*. Questa fluidità dei concetti di crimine, repressione, punizione è estremamente evidente nelle fonti di età medievale e moderna interpretate dallo storico del diritto attraverso gli strumenti interdisciplinari cui ho fatto cenno rispetto alla rigidità dello schema 'funzione della pena' – 'effettività della repressione', che è un portato della superiorità del dato legislativo che caratterizza la riflessione giuridica dopo la cesura della Rivoluzione Francese¹².

Per il giurista in formazione la consapevolezza della mobilità, o per meglio dire, della tridimensionalità del giuridico, è fondamentale: per agire responsabilmente come avvocato o giudice, un giurista che esce dall'università deve, oltre che conoscere la disciplina vigente, cioè il suo bagaglio tecnico, essere in grado di

⁹ Archivio di Stato di Bologna, *Catalogo di tutte le giustizie fatte in Bologna principiando l'anno 1030 per tutto l'anno 1540. Estratte di diversi autori*.

¹⁰ Wickham 2000; Quagliani, Seidel Menchi (eds.), 2001, 2004 e 2007. Zorzi (ed.), 2009 e Zorzi, 2012. Gauvard, Zorzi (eds.), 2015.

¹¹ Vallerani, 2005.

¹² Grossi, 2008.

contestualizzarlo all'interno del problema della criminalità e della sua limitazione nell'ambito della società. Tale limitazione, da sempre, si attua fra due poli: la protezione dei consociati e la tutela dei diritti dell'individuo.

La combinazione delle discipline contenute nel Codice Rocco e nel codice di procedura del 1989 costituisce un momento, una cristallizzazione datata nel tempo, imprescindibile e perciò approfonditamente studiato nei corsi di diritto e procedura penale, del manifestarsi di questo tema nella vita del nostro paese: il codice penale nasce pesantemente influenzato dal paradigma della difesa dello stato mentre quello di procedura è impostato su uno schema accusatorio che impone tutele per l'indagato. Entrambi hanno subito modificazioni, che risentono della disciplina costituzionale ma anche delle torsioni in senso antigarantistico dovute alle emergenze repressive di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata. Il giurista preparato deve essere consapevole che quei momenti, quelle cristallizzazioni sono relativi a diverse fasi storiche, che il problema del 'criminale' involve una enormità di fattori complessi ai quali viene data risposta dall'output legislativo in modo diversificato e a volte contraddittorio, e che quell'output legislativo è stato determinato da fattori sociali e politici contingenti e viene modificato continuamente dalla sua applicazione nel tempo.

Una simile consapevolezza può essere acquisita anche, e lo conferma l'esperienza didattica degli storici del diritto, dal sapere che già dal medioevo la soluzione del 'problema criminale' è stata cercata dalle istituzioni, comunali, regie, imperiali, ecclesiastiche, oscillando come un pendolo tra 'modello accusatorio' e 'modello inquisitorio', che sono due modi di porsi della repressione inestricabilmente intrecciati¹³. E questo pendolo ha tanto caratterizzato le vicende italiane post-unitarie, tra istanze liberali accolte dai codici Zanardelli e Finocchiaro Aprile e esigenze repressive materializzate nei codici Rocco¹⁴, che oggi, nelle aule dei tribunali, si ripropone nell'azione di giudici e pubblici ministeri, che spesso applicano un codice nato accusatorio come quello dell'89 guidati da un 'inconscio inquisitorio', per utilizzare una suggestiva immagine che dà il titolo ad un volume curato sul tema da Loredana Garlati che raccoglie saggi di storici del diritto e studiosi di diritto positivo¹⁵.

2.c. La giurisdizione amministrativa

Per comprendere quale sia oggi la funzione della giurisdizione amministrativa attuata dal Consiglio di Stato e dai TAR e come questi organi la implementino è necessario studiare come sia entrata nel nostro ordinamento, da quello francese, e come si sia evoluta negli stati preunitari, in particolare nel regno di Sardegna,

¹³ Sbriccoli, 1998.

¹⁴ Lacchè, Storti, Colao (eds.), 2015.

¹⁵ Garlati (ed.), 2010.

dopo l'unificazione, sotto il fascismo e in età costituzionale¹⁶.

La 'funzione' di tutrice della legalità dell'azione amministrativa, che ne determina la nascita in Italia dopo l'unità dalle ceneri del cosiddetto 'contenzioso amministrativo', caratterizza le discussioni parlamentari e il dibattito dottrinale fra la fine dell'ottocento e gli inizi del novecento. Vediamo così la funzione oggettivamente intesa, quale dovrebbe essere, ma non quale essa venne effettivamente implementata dalle sezioni giurisdizionali in quell'epoca, in particolare dalla Quarta.

Se si guarda all'oggi, la giurisdizione amministrativa dei TAR e del Consiglio di Stato intende ed attua il proprio ruolo di tutore della legalità dell'azione amministrativa in modo estremamente proattivo quale risoltrice dei conflitti del cittadino con la pubblica amministrazione, discostandosi da quelli che erano i fini per i quali è stata creata dall'organo legislativo. È indubbio che questo atteggiamento sia dovuto alla cesura costituzionale, ma se si guarda al diritto 'mobile nel tempo' si scopre che le istanze di tutela del cittadino verso la p.a. erano ben presenti ai consiglieri di stato che giudicavano l'atto amministrativo già cinquanta anni prima della promulgazione della carta. Essi infatti creavano tutele per il singolo, vincolando la p.a. al rispetto di precise fasi procedurali, con particolare riguardo all'informazione e alla partecipazione del cittadino.

Per esempio, l'eccesso di potere per travisamento del fatto e quello per difetto di motivazione, studiati attraverso le decisioni prodotte tra il 1890 e la prima guerra mondiale dalla Quarta sezione, rivela che tali manifestazioni di illegittimità, prima di divenire oggetto di riflessione ed inquadramento da parte della dottrina, vennero letteralmente inventate dai consiglieri che avevano agito negli organi del contenzioso amministrativo, che aprirono così alla giurisdizione amministrativa spazi di indagine sulla discrezionalità dell'azione della p.a.. I consiglieri, Silvio Spaventa in primo luogo, si servirono in modo creativo delle pieghe della legislazione al fine di vagliare l'istruttoria posta in essere per emettere l'atto impugnato, pretendendo anche supplementi di indagine e ponendo vincoli procedurali alla p.a. un secolo prima della legge sul procedimento amministrativo, soprattutto in tema di garanzie per il pubblico impiego¹⁷.

Questo è tanto chiaro agli amministrativisti che gli studi più recenti in quest'ambito puntano sulla *comparative legal history*, e mettono a confronto i sistemi di giustizia amministrativa in diversi stati europei dal momento della loro nascita, nell'Ottocento, a oggi¹⁸. In questo modo, in Italia, la Costituzione diventa uno dei fattori, ma non il solo e forse non il principale, nel determinare i più recenti orientamenti della giurisdizione amministrativa.

Perciò non solo il concetto 'oggettivo' di funzione è necessario a comprendere il determinarsi nell'oggi di un istituto nato ieri, ma anche il concreto attuarsi storico

¹⁶ Nigro, 1983³, pp. 67-113.

¹⁷ Bassani, 2019.

¹⁸ Della Cananea, 2019. Della Cananea, Mannoni (eds.), 2021.

di tale funzione: chi sono stati i singoli consiglieri di Stato che l'hanno interpretata, modificandola nel tempo. In questo senso le indagini prosopografiche, che sono uno degli attrezzi metodologici degli storici delle istituzioni e dei sociologi, così come le indagini statistiche, entrambe strumenti faticosi che presuppongono imponenti scavi archivistici, ci informano sull'origine geografica e sociale, sugli studi condotti, sul progresso della carriera, sulla retribuzione corrisposta, e devono essere usati in connessione agli esiti della ricerca sulla funzione oggettiva per verificare chi, e come, ha fatto esistere questo ruolo nell'ordinamento italiano di oggi nel quale la giurisdizione amministrativa si carica di coloriture e funzioni nuove e diverse¹⁹.

Se gli storici contemporaneisti e delle istituzioni ci forniscono un enorme massa di materiale sulle vicende vissute nei ultimi duecento anni dall'istituzione Consiglio di Stato, il linguaggio attraverso il quale esso si esprime è appannaggio di noi giuristi, cultori di diritto amministrativo e storici del diritto: le decisioni del consiglio di stato e dei TAR sono una fonte complessa ma irrinunciabile per comprendere la giurisdizione amministrativa, esattamente come le biografie e la preparazione dei consiglieri di stato e la dottrina che essi leggevano, le pressioni politiche a cui erano sottoposti, gli intrecci di conoscenze che determinavano le loro scelte professionali.

3. Nello spazio

Se si passa al tema del diritto nello spazio due sono le innovazioni metodologiche più rilevanti per lo storico del diritto: la *Comparative Legal History*, alla quale ho fatto cenno, e il *Legal Transplant*.

3.a. *Comparative Legal History*

Questo approccio relativamente recente agli studi storico-giuridici²⁰ ha ricevuto un fondamentale sviluppo attraverso le ricerche finanziate dell'European Research Council, che attribuisce fondi ai progetti che premiano la multidisciplinarietà e la connessione fra paesi diversi dell'Unione²¹.

¹⁹ Melis (ed.), 2006. Franchini C. (ed.), 2011. *Il Consiglio di Stato*, 2011.

²⁰ Duve (ed.), 2014. Duve, 2018. Duve, 2020. Hudson and Eves, 2021.

²¹ *Migrating commercial law and language (MICOLL) Rethinking lex mercatoria (11th-17th century)*, European Research Council (ERC) Consolidator Grant 2020 101002084 — MICOLL (2021 - 2026) è un progetto del quale è P.I. la prof. Stefania Giandroni, ordinario di Storia del diritto medievale e moderno dell'Università di Padova. *Documenting Multiculturalism: coexistence, law and multiculturalism in the administrative and legal documents of Norman and Hohenstaufen Sicily, c.1060-c.1266* (DOCUMULT, Grant agreement ID: 787342) Excellent Science - European Research Council (ERC) Hosted by the Chancellor, Masters and Scholars of the University of Oxford in collaborazione con l'Università degli Studi di Palermo della cui unità è responsabile la professoressa Beatrice

Il dialogo fra ricercatori, storici e di diritto positivo, di paesi diversi che connettono il proprio dato storico locale con quello dei loro colleghi sul tema del progetto costringe alla interpretazione del dato 'nudo' in due direzioni: in un senso spinge ai margini la rilevanza del dato normativo, diverso per ogni stato, per osservare la sostanza del fenomeno e conseguentemente, nell'alto senso, costringe metodologicamente a prediligere l'output effettivo, ossia il diritto applicato e quindi lo studio della giurisprudenza rispetto alla norma, che è ovviamente presupposto ma non formante ai fini della formulazione di ipotesi interpretative comuni per i vari ordinamenti dell'Unione.

Per esempio, la ricerca di un 'common core' del diritto amministrativo europeo si è svolta, nell'ambito dell'ERC dal titolo 'Co.C.E.A.L. - Common Core of European Administrative Law' guidato dal professore di diritto amministrativo Giacinto della Cananea, mettendo a confronto la giurisprudenza svolta da 'agenti giurisdizionali' profondamente diversi in Francia, in Belgio, in Inghilterra, in Austria, in Italia nel periodo della cosiddetta Belle Époque, e ha potuto appurare le similitudini, il 'common core' appunto, dei diversi ordinamenti uniti nell'affermazione della 'rule of law' a tutela dei diritti del singolo di fronte a una pubblica amministrazione che ovunque, in Europa, in regimi profondamente differenti, acquisiva a cavallo a fra Otto e Novecento, una impressionante pervasività di intervento nella sfera privata²².

3.b. *Il Legal Transplant*

Frutto dell'approccio comparatistico sono gli studi sui 'legal transplants'. In riferimento allo spazio infatti il diritto può manifestarsi come un prodotto originario, per esempio le consuetudini che si sono create nell'Europa del medioevo, oppure essere il risultato del cosiddetto 'legal transplant'²³.

Il *legal transplant* è uno strumento metodologico che negli ultimi decenni è stato applicato allo studio del diritto trapiantato dagli stati europei nelle colonie americane, asiatiche, africane. Dall'osservazione delle discontinuità e dei patterns comuni nell'applicazione del diritto occidentale nelle colonie fra XIX e XX secolo sono emerse non solo riflessioni utili a comprendere come l'esperienza coloniale sia stata vissuta in colonia, ma anche quali effetti di rimando abbia provocato nella madrepatria²⁴.

Ad esempio: costante fu la tendenza dei colonizzatori, inglesi, francesi, belgi, italiani ad interpretare, attuando modelli amministrativi profondamente distanti, lo spazio coloniale come luogo dell'eccezione, della sospensione di molti principi

Pasciuta, professore ordinario di storia del diritto medievale e moderno.

²² ERC Advanced Grant n. 694697 Co.C.E.A.L. (Common Core European Administrative Law). Vd. *supra* nt. 14.

²³ Costa, 2013. Augusti, 2016.

²⁴ Nuzzo, 2020.

giuridici fondamentali per l'epoca liberale. Tale sospensione della legalità si materializzò attraverso una doppia narrazione. Da un lato il soggetto colonizzato venne descritto come un 'minore', che doveva essere educato e protetto da se stesso, anche in base ad un pregiudizio razziale. Dall'altro lato i paesi colonizzati venivano descritti come territori primitivi privi di ogni supporto adatto alla vita civile. Ne conseguiva, paternalisticamente, il necessario rinvio dell'applicazione dell'ordinamento della madrepatria ad un futuro non definito, che si sarebbe realizzato grazie all'intervento del colonizzatore²⁵.

Questa narrazione giustificò l'azione repressiva della madrepatria in colonia, attuata con modalità violente e 'razziste' (uno per tutti, assai significativo: il divieto del 'madamato' e dei matrimoni misti). L'azione colonizzatrice non può quindi venir ricostruita solo attraverso la catena dei provvedimenti legislativi, regolamentari e amministrativi: fu un fenomeno che coinvolse la cultura, la stampa, l'università, e giunse ad innervare profondamente le strutture mentali e culturali dei popoli colonizzatori. Come trascurare un simile retroterra 'antropologico' adesso che, paradossalmente, il fenomeno post-coloniale si traduce in una migrazione al contrario e gli abitanti dei paesi un tempo oggetto di colonizzazione giungono qui in massa e costituiscono una percentuale considerevole della nostra forza lavoro e della nostra popolazione scolastica?

Nel caso delle colonie italiane lo storico del diritto non può quindi limitarsi a studiare e descrivere l'ordinamento creato per essere applicato nel corno d'Africa e in Libia che i governi prima liberali poi fascista hanno prodotto per regolare le colonie. È fondamentale studiare le fonti prodotte dall'azione degli amministratori in loco, interpretate con l'ausilio degli studi antropologici e degli storici dell'Africa e del Medio Oriente. È una ricerca faticosa e le cui fonti sono di difficile reperibilità: solo per fare un esempio potrei citare le modalità di repressione attuate dal Tribunale Speciale per la difesa dello Stato in Tripolitania, che si pongono in stretta continuità rispetto alla giustizia militare utilizzata dai governi liberali dopo l'occupazione nel 1913, e che furono attuate attraverso il 'regime di eccezione' teorizzato da Mario Sbriccoli e sviluppato dalla scuola di storici del diritto maceratesi²⁶.

L'ipotesi di lavoro che si sta percorrendo, perché la ricerca è attualmente in corso, è che lo 'spazio di eccezione' della Quarta Sponda libica abbia costituito, in continuità dall'età liberale al regime fascista, un laboratorio utile per sperimentare forme repressive attuate non solo e non tanto con la violenza e l'assenza di garanzie giurisdizionali, ma creando una categoria giuridica 'nemico'. In Libia il nemico venne individuato in particolar modo nei combattenti riuniti sotto l'egida della complessa entità politica islamica della Senussia: in tal modo una categoria antropologica, costruita nella madrepatria sulla base di presupposti religiosi e razziali poco conosciuti e ancor meno compresi, divenne l'oggetto della repressione

²⁵ L'Europa e gli 'Altri', 2004/2005. In part. Nuzzo, 2004/2005.

²⁶ Meccarelli, 2009.

e sostituì l'atto politico violento di opposizione al regime sottoposto al giudizio del Tribunale Speciale della Tripolitania, atto la cui gravità era, in molti casi, solo sospettata se non inesistente. È una dinamica che è già stata accertata da altre ricerche nella giurisprudenza che venne prodotta successivamente dal Tribunale Speciale in Italia nel corso degli anni trenta e della seconda guerra mondiale, in un percorso di 'andata e ritorno' del diritto nello spazio fra madrepatria e colonia che deve essere riconosciuto nella sua complessità²⁷.

Ma il *legal transplant* non è stato, e non è oggi, utile allo storico del diritto solo nell'interpretazione di modelli occidentali esportati forzatamente nel mondo coloniale. È uno strumento interpretativo in numerosi filoni di studio che tendono a rendere consapevole il giurista eurocentrico dell'esistenza di realtà giuridiche 'altre', che si sono nutrite dell'esperienza europea elaborandola con assoluta originalità nel campo, per esempio, del diritto privato e commerciale²⁸.

La realtà giuridica sudamericana, essa stessa estremamente variegata al suo interno, ha assorbito e restituito, fra Otto e Novecento, modelli di obbligazione e schemi contrattuali in un dialogo paritario che va riconosciuto e studiato con attenzione, come dimostrato da studi recenti europei e sudamericani²⁹.

4. Conclusioni

Come emerso dagli 'incroci' fra le relazioni di coloro che sono intervenuti e hanno esposto le proprie riflessioni in questi due giorni di lavori congressuali sul tema delle ricadute metodologiche della interdisciplinarietà e sull'identità del giurista, chi studia diritto, oggi come nel passato, non può lavorare in splendida solitudine. Il suo bagaglio tecnico, sempre più complesso e specializzato, vive solo se applicato alla 'storia' presente, alla vita degli uomini e delle donne che tutela, assiste, consiglia e, a volte, punisce.

I giuristi che applicano il diritto nella loro vita professionale e lavorativa hanno perciò due compiti: aggiornarsi continuamente sulla propria disciplina e su discipline diverse da quella in cui si sono specializzati, da un lato, e comprendere, dall'altro, come il diritto che 'sanno' impatti sulla vicenda umana di coloro ai quali il diritto va applicato, i Tizii e i Caii delle fattispecie, che comprano, vendono, rubano, uccidono, si sposano, fanno figli e divorziano, lasciano beni e ne ricevono in dono, amministrano società, assumono lavoratori, pagano, o evadono, tasse, insomma: vivono. Per agire come giuristi responsabili non basta che conoscano le norme e la giurisprudenza regolatrici della fattispecie, è necessario che le abbiano comprese, che ne valutino le ricadute umane ed economiche, che si

²⁷ Bassani, Cantoni, 2020 cui si rimanda per la bibliografia specifica sullo 'spazio' libico.

²⁸ Duve, Pihlajamäki (eds.), 2015.

²⁹ Abásolo, 2014. Rosti M., 1995 e 2007. Si veda, per esempio, la ricerca svolta da Rossi F., 2019 sul diritto di recesso nei codici progettati e, a volte ma non sempre, promulgati in Argentina, Brasile, Uruguay e Cile nel corso dell'Ottocento.

assumano responsabilmente scelte a volte anche difficili e dolorose: non possono nascondersi dietro alla norma.

Lo storico del diritto fa ricerca, e ha un ruolo nelle facoltà di giurisprudenza, per accrescere la conoscenza del passato e comprendere nel lungo periodo come il diritto incida, e in quale modo, o non riesca ad incidere, e perché, nella vita delle persone. I frutti di questa ricerca, scelta per passione e inclinazioni personali, si riversano sugli studenti, i giuristi di domani. Anche la nostra disciplina storica gioca perciò un ruolo profondo sul diritto del presente, attraverso la qualità della formazione che i professionisti agiranno nella loro vita lavorativa, perché siano buoni giuristi, che comprendono le norme che applicano nella loro complessità e nelle loro connessioni e valutano il loro impatto sulle vicende umane di cui saranno responsabili, come giudici, avvocati, notai, consulenti, amministratori.

Per diventare dei buoni giuristi i giovani che affollano le nostre aule hanno un grande bisogno, e li chiedono infatti, di ‘spazi di riflessione lenta’ che li sostengano nel loro percorso di acquisizione di un bagaglio tecnico sempre più pesante e complesso, caratterizzato da una pluralità di output normativi, dottrinali e giurisprudenziali che alluvionalmente si riversano su di loro da fonti sempre più numerose, domestiche e esterne, incrociandosi e sovrapponendosi, nel corso di cinque anni di studi.

Noi giuristi storici dobbiamo perciò, per comprendere il diritto di oggi che è determinato da quello di ieri e dell’altroi, essere ‘mobili nel tempo e nello spazio’: dialogare con altre discipline storiche, filosofiche e sociali e con altri ‘mondi’ fuori dall’Italia e dall’Europa, per offrire nel percorso di formazione degli studenti questi ‘spazi lenti’ in cui esercitarsi nella riflessione sugli strumenti che apprendono nei corsi di diritto positivo, così da renderli consapevoli di quante siano le responsabilità che si assumeranno un domani, quando gestiranno vite e beni altrui, perché il diritto cammina con le gambe, e progredisce con il cervello, degli uomini e delle donne che lo attuano e noi docenti universitari abbiamo la responsabilità di formarli per il futuro.

Bibliografia

Abásolo E. (ed.), 2014: *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, Buenos Aires.

Augusti E., 2016: *Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione* (23. June 2016), in *forum historiae iuris*, <https://forhistiur.net2016-06-augusti>

Bassani A., 2019: *Controllo di legittimità e tutela del cittadino nella giurisprudenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1890-1910)*, in “*Rivista di storia del diritto italiano*” XCII (fasc. 2).

Bassani A., 2022: *L’età medievale. Il notarius mediatore fra comunità e autorità*,

- in A. Bassani, F. Pulitanò (eds.), *Tabellio, Notarius, Notaio: quale funzione? Una vicenda bimillenaria*, Milano University Press, pp. 65-90.
- Bassani A., Cantoni A., 2020: *La repressione della resistenza In Tripolitania nelle carte del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato: motivi per una ricerca in corso / The Repression Of Resistance In Tripolitania Through The Documents By The Special Court For The Defense Of The State: Ongoing Research*, in "Italian Review of Legal History", 6, pp. 407-418.
- Bassani A., Mangini M.L., Pagnoni F. (eds.), 2022: *Mediazione notarile. Forme e linguaggi tra Medioevo ed Età Moderna*, Quaderni degli Studi di Storia Medioevale e di Diplomatica, VI, <https://riviste.unimi.it/index.php/SSMD>, Milano Pearson.
- Bassani A., Pulitanò F. (eds.), 2022: *Tabellio, Notarius, Notaio: quale funzione? Una vicenda bimillenaria*,., Milano, Milano University Press.
- Bezzina D., Calleri M., Mangini M.L., Ruzzin V. (eds.), 2022: *Giustizia, istituzioni e notai tra i secoli XII e XVII in una prospettiva europea. In ricordo di Dino Puncuh*, Notariorum Itinera Varia 6, Società Ligure di Storia Patria, Genova.
- Cammarosano P., 2021: *I notai nella cultura medievale italiana / Notaries in Italian Medieval Culture*, in "Italian Review of Legal History", 7, pp. 719-736
- Costa P., 2013: *Uno 'Spatial Turn' Per La Storia Del Diritto? Una Rassegna Tematica (A 'Spatial Turn' for Legal History? A Tentative Assessment)* (June 15, 2013). Italian version of an English article accepted for: Massimo Meccarelli, Maria Julia Solla Sastre (eds.), "Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries", in *Global Perspectives on Legal History Book Series (MPI for European Legal History)*, Frankfurt, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2013-07, <https://ssrn.com/abstract=2340055>
- Costamagna G., 1970: *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Roma.
- Costamagna G., 1975: *L'alto medioevo*, in M. Amelotti, G. Costamagna, *Alle origini del notariato italiano*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma.
- Della Cananea G., 2019: *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli.
- Della Cananea G., Mannoni S. (eds.), 2021: *Administrative Justice Fin de siecle: Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford, Oxford University Press.
- Duve T. (ed.), 2014: *Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main.
- Duve T., 2018: *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale*, in M. Brutti, A. Somma (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, pp. 149-185.

- Duve T., 2020: *What is global legal history?*, in "Comparative Legal History", 8:2, pp. 73-115.
- Duve T., Pihlajamäki, H. (eds.), 2015: *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, VI.
- Franchini C. (ed.), 2011: *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, Utet.
- Garlati L. (ed.), 2010: *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano Giuffrè.
- Gaulin G.-L., Todeschini G. (eds.), 2019: *Male ablata. La restitution des bien mal aquis (XII^e-XV^e siècle)*, eds., École française de Rome, Roma.
- Gauvard C., Zorzi A. (eds.), 2015: *La vengeance en Europe. XIIIe-XVIIIe siècle*, Parigi, Publications de la Sorbonne.
- Grossi, P., 1998: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano Giuffrè 1998.
- Hudson J., Eves W., 2021: *Introduction: Situating, Researching, and Writing Comparative Legal History*, in W. Eves, J. Hudson, I. Ivarsen, S. B. White (eds.), *Common Law, Civil Law, and Colonial Law. Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Centuries*, Cambridge University Press, pp. 1-24.
- Il castigo, 2022: *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire*, "Quaderni di storia del penale e della giustizia" 3.
- Il Consiglio di Stato*, 2011: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli Bologna.
- L'Europa e gli 'Altri'*, 2004/2005: *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini" 33/34.
- Lacchè L., Storti C., Colao F. (eds.), 2015: *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, Giuffrè.
- Meccarelli M., 2009: *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in "Quaderni storici", 131, 2.
- Melis G. (ed.), 2006: *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, Milano Giuffrè.
- Nigro M., 1983³: *Giustizia amministrativa*, 3^o ediz., Il Mulino, Bologna.
- Nuzzo L., 2004/2005: *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del 'soggetto indigeno'*, in "L'Europa e gli 'Altri'", I, pp. 463-508.
- Nuzzo L., 2020: *Lawyers, Space and Subjects. Historical Perspectives on the Western Legal Tradition*, Pensa Multimedia, Lecce.
- Piergiovanni V. (ed.), 2006: *Hinc publica fides: il notaio e l'amministrazione della giustizia*, Atti del Convegno internazionale di Studi Storici; organizzato dal

- Consiglio Notarile di Genova, Genova 8-9 ottobre 2004, Milano Giuffrè (*Per una storia del notariato nella civiltà europea*, 7).
- Piergiovanni V., 2002: *Notariato e rivoluzione commerciale: l'esempio di Rolandino*, in G. Tamba (ed.), *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, Milano, pp. 235-248.
- Quagliani D., Seidel Menchi S. (eds.), 2001: *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, Il Mulino.
- Quagliani D., Seidel Menchi S. (eds.), 2004: *Trasgressioni - Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, Bologna Il Mulino.
- Quagliani D., Seidel Menchi S. (eds.), 2007: *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna, Il Mulino.
- Rossi F., 2019: *Un nuovo modo di sciogliere i contratti bilaterali. Augusto Teixeira de Freitas e la circolazione dei modelli tra Europa e America Latina nel XIX secolo/A new way of terminating bilateral contracts. Augusto Teixeira de Freitas and legal models between Europe and Latin America during the 19th Century*, in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais" – Dossiê História do Direito: "História do direito para além das fronteiras: circulação internacional do direito na modernidade", 74.
- Rosti M., 1995: *Le influenze europee nella codificazione civile latino-americana*, in "Materiali per una Storia della Cultura Giuridica", XXV.2, pp. 497-507.
- Rosti M., 2007: *Sull'esistenza di un sistema giuridico latino-americano*, in "Cardozo Electronic Law Bulletin", XIII.
- Sbriccoli M., 1998: *"Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 27, pp. 231-268.
- Schmoeckel M., Schubert W. (eds.), 2009: *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, Nomos Baden-Baden.
- Tamba G. (ed.), 2002: *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, Milano.
- Vallerani M., 2005: *La giustizia pubblica medievale*, Bologna Il Mulino.
- Wickham C., 2000: *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, A.C. Sennis (cur.), I. Bonaccorsi (trad.), Roma Viella.
- Zorzi A. (ed.), 2009: *Conflitti, paci e vendette nell'Italia comunale*, Firenze Firenze University Press, Reti Medievale e-book
- Zorzi A., 2012: *Legitimation and legal sanction of vendetta in Italian cities from the Twelfth to the Fourteenth Centuries*, in *The Culture of Violence in Late Medieval and Early Modern Italy*, S. Cohn Jr., F. Ricciardelli ed., pp. 27-54, Firenze, Le Lettere.