

ALBERTO SPINOSA

TRA REGOLA ED ECCEZIONE:
IL CONCETTO DI *IUS SINGULARE*
NEL DIBATTITO GIURIDICO ITALIANO
TRA OTTO E NOVECENTO

«Eccezione: dite che conferma la regola,
ma non azzardatevi a spiegare come».

G. FLAUBERT

1. Premessa. — 2. Il paradigma savigniano: la dicotomia *ius commune/ius singulare* e la sua rilevanza costituzionale. — 3. La legalità sdoppiata dell'esegeta. Paradigma savigniano e cultura giuridica postunitaria. — 4. Ibridazioni e complicazioni: la lunga crisi della dicotomia.

1. *Premessa.*

Nonostante le nobili origini, il concetto di 'diritto singolare' (*ius singulare*) ha cessato da tempo di costituire uno strumento indispensabile della riflessione giuridica contemporanea⁽¹⁾. A posare

⁽¹⁾ Sul concetto di *ius singulare*, cfr. P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto comune*, Modena, Società tipografica modenese, 1915; R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico*, Tolentino, Stab. Tip. «F. Filelfo», 1937; R. AMBROSINO, *Ius singulare*, Milano, Giuffrè, 1942; V. GUELI, *Il "diritto singolare" e il sistema giuridico*, Milano, Giuffrè, 1942; A. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in «Annali di diritto comparato», XVIII, 1946, p. 1 e ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1953 [voce *Diritto singolare*, pp. 87-90, scritta nel luglio del 1944]; G. MELILLO, *Ius singulare*, in «Novissimo Digesto Italiano», IX, 1968, pp. 389-391; F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali eccezionali*, in «Enciclopedia del diritto», XXVIII, 1978, pp. 507-533.

una pietra tombale sulle ambizioni teorico-generalì della formula è a metà degli anni Quaranta del Novecento Santi Romano, in un'afilatissima voce dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*: «Nel diritto italiano [...] l'espressione 'diritto singolare' è ignorata [...] e soltanto la dottrina persiste a farne uso»⁽²⁾. Il fatto che la nozione avesse trovato posto nel diritto romano — continuava — non significava necessariamente che anche altri ordinamenti l'avessero accolta. Ed in ogni caso di certo non l'aveva fatto l'ordinamento italiano che al contrario le aveva preferito espressamente, e con buone ragioni, la categoria di 'norme eccezionali', senza dubbio meno oscura e imprecisa. Da qui la conclusione: «la dottrina farebbe bene ad uniformarsi al diritto positivo, non solo nel concetto, ma anche nella terminologia»⁽³⁾.

In poche battute Romano poneva virtualmente fine ad un dibattito che si allungava alle sue spalle per almeno un secolo. Da quel momento in poi si sarebbe continuato a parlare di diritto singolare lungo binari sempre più periferici rispetto ai grandi snodi teorici del tempo, lungo la direttrice che avrebbe ricondotto il tema entro l'ambito specialistico degli studi romanistici e storico giuridici⁽⁴⁾. Beninteso, non si tratta di una fine improvvisa. Quando Romano scrive quella di *ius singulare* è nozione che ha già perso gran parte della sua autonomia concettuale, sopraffatta dalle categorie più maneggevoli del diritto *speciale* e del diritto *eccezionale* dalle quali sarebbe risultata via via indistinguibile; un contenitore teorico, insomma, sempre più difficile da impiegare in modo proficuo, sempre più asimmetrico rispetto alla crescente complessità del panorama giuridico novecentesco. Al tempo stesso, se pure annunciato, non abbiamo a che fare con un passaggio teo-

⁽²⁾ Cfr. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 87.

⁽³⁾ Ivi, p. 89.

⁽⁴⁾ In questa prospettiva, cfr. H. MOHNHAUPT, *Privilegien und »gemeines Wohl« im ALR sowie deren Behandlung durch Theorie und Praxis im 19. Jahrhundert*, in *200 Jahre ALR. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, B. Dolemayer, H. Mohnhaupt (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1995, pp. 105-44; Th. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit: Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008.

rico di poco conto. Ad uscire di scena col testo romaniano, infatti, è uno degli elementi portanti della dogmatica giuridica otto-novecentesca, la componente — in coppia con la nozione complementare di *ius commune* — di una di quelle celebri dicotomie attorno alle quali il pensiero giuridico liberale si era venuto a lungo dispiegando e che sarebbero entrate progressivamente in affanno di pari passo all'acuirsi della crisi dello Stato moderno.

Certo, le 'grandi dicotomie' sono altre⁽⁵⁾. Per un buon tratto di strada, tuttavia, la dialettica tra diritto comune e diritto singolare, lungi dal costituire il residuo di un tempo storico ormai incompatibile con la ferrea configurazione monista del diritto moderno, conquista un posto di assoluto rilievo nella geografia del dibattito giuridico otto-novecentesco, divenendo il terreno di gioco privilegiato di alcune delle più importanti partite teoriche del momento: dal ruolo e dal potere dell'interprete, alla funzione del legislatore; dal rapporto tra legge e Codice, al problema del coefficiente di autonomia rispetto ai principî 'universali' del diritto civile⁽⁶⁾ dei sotto-sistemi normativi e disciplinari emersi dai «frantumi del mondo»⁽⁷⁾ giuridico ottocentesco. Di più. In confronto al grado di resistenza e di refrattarietà al mutamento che sembra contraddistinguere le dicotomie 'maggiori', la coppia *commune/singulare*, con tutte le sue oscillazioni semantiche e concettuali, finisce

⁽⁵⁾ Sul concetto di 'grande dicotomia', cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1985, p. 3 e ss. Per una messa a fuoco della dicotomia pubblico/privato nel panorama dottrinale italiano, fondamentale da ultimo B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in «Quaderni fiorentini», 45 (2016), pp. 193-209.

⁽⁶⁾ Un'attenzione costante al problema del rapporto tra Codice civile e leggi 'speciali' ha dedicato negli anni Giovanni Cazzetta, in pagine di fondamentale importanza. Cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro* (1988) e *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto* (2002), ora in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, rispettivamente pp. 69-169 e 27-65; nonché *La società del Codice. Cultura giuridica e trasformazioni sociali tra Otto e Novecento* (2007), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018², pp. 121-39.

⁽⁷⁾ Per l'espressione cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 151.

per rivelarsi (ad uno sguardo retrospettivo) un'antenna più sensibile di altre al cambiamento, un sismografo in grado di registrare anche quelle minime sollecitazioni teoriche che ad un diverso strumentario risulterebbero in buona parte impercettibili.

È in questa prospettiva che un ritorno sul tema dello *ius singulare*, pur già esaurito, potremmo dire, sul piano strettamente teorico (sebbene la denuncia dello 'stato di eccezione permanente' in cui sembrano versare le società post-moderne potrebbe farlo tornare inaspettatamente attuale), può costituire un esperimento ancora interessante dal punto di vista storiografico. Non tanto per dar conto della babele delle *definiciones* che tra Otto e Novecento si contendono il primato, quanto piuttosto per cogliere in essa la spia, la punta di emersione teorica delle tensioni ideali e materiali che percorrono l'ordine giuridico liberale a cavallo tra i due secoli. Facendo centro sul dibattito italiano, nelle pagine che seguono proveremo a mettere in fila i punti salienti di questa parabola.

2. *Il paradigma savigniano: la dicotomia ius commune/ius singulare e la sua rilevanza costituzionale.*

Onnipresente nelle pagine introduttive delle *Istituzioni*, delle *Parti generali* e dei *Manuali* di diritto civile ottocenteschi, oggetto di ricorrente attenzione monografica, tra XIX e XX secolo la *summa divisio* tra diritto comune e diritto singolare abbandona il terreno proprio della ricerca romanistica per essere chiamata a svolgere una specifica funzione ordinante, di mediazione teorica, tra assetto normativo dato e nuove istanze politiche e sociali, lungo il precario asse di equilibrio che a cavallo tra i due secoli corre tra stabilità e mutamento, tra continuità e riforma. Si tratta, questa, di una 'risalita' del tema verso il centro della teoria generale del diritto che è possibile collocare in un punto preciso dello spazio e del tempo.

Come è noto, è a due frammenti del giureconsulto Paolo che ogni riflessione in materia di diritto singolare direttamente o indirettamente si riallaccia: «*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium intro-*

ductum est»⁽⁸⁾, cui si connette logicamente il secondo (che pur non ne fa espressa menzione) contenente il celebre canone di interpretazione e applicazione della legge «Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias»⁽⁹⁾. Con altrettanta certezza è impossibile ignorare l'esistenza di un'importante tradizione medievale e moderna di rilettura dei passi paolini, dove la posta in gioco prevalente finisce per ruotare attorno al problema della individuazione delle linee divisorie tra concetti quali *beneficium*, *privilegium* e *rescriptum* che ora si accavallano, ora si contrappongono, ora si intrecciano a quello di *ius singulare*⁽¹⁰⁾.

Non è, tuttavia, da così lontano che occorre partire. L'inedita centralizzazione ottocentesca della nozione di diritto singolare non avviene infatti per via incrementale, in forza cioè di una specie di accumulo discorsivo che si possa proiettare all'indietro *ad infinitum*, ma è il risultato di uno scarto, un decisivo cambio di passo che se pure si giova dei contributi teorici del passato, finisce per rielaborarli in termini così originali da introdurre una distanza qualificata tra il prima e il dopo. E ancora una volta (ad ennesima conferma della forza inesauribile delle sue pagine) è a Savigny che questo 'salto' deve essere attribuito⁽¹¹⁾. Epicentro — ancora — il

⁽⁸⁾ D. 1.3.16.

⁽⁹⁾ D. 1.3.14. Non sono questi gli unici frammenti nei quali il termine ricorre. Per l'elenco completo delle testimonianze, cfr. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium*, cit., pp. 20-3.

⁽¹⁰⁾ Una schematica rassegna è offerta, ad esempio, in AMBROSINO, *Ius singulare*, cit., pp. 7-35. Sul versante medievale, qualche cenno anche in V. PIANO MORTARI, *Interpretazione (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», XXII, pp. 277-92, in particolare pp. 285-7.

⁽¹¹⁾ Impossibile in questa sede richiamare anche solo per sommi capi la galassia (in perenne espansione) degli studi savigniani. Per limitarsi ai fondamentali, cfr. P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle Pandette* e II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1984-85; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Edelsbach, Gremer, 1984 e *Savignyana*, Id. (ed.), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 14 voll., 1993-2016. Da ultimo, v. il denso *A proposito di...* di P. CORONA, *Un nodo che si stringe. Considerazioni sul progetto savignyano nella riflessione giuridica del Vormärz*, in «Quaderni fiorentini», XLVII (2018), pp. 689-719. Per i profili del pensiero savigniano che qui interessano, cfr. inoltre M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza di diritto pubblico*

capo secondo del *Sistema del diritto romano attuale*, del quale la dialettica tra *commune* e *singulare* costituisce, anche dal punto di vista topografico, il capitolo e il complemento logico di chiusura.

Legata a doppio filo alle nozioni di ‘diritto positivo’ e ‘istituto giuridico’, la distinzione savigniana tra un piano giuridico comune/regolare (*regelmässige*) ed uno singolare/anomalo (*anomalische*) si inquadra in quella più ampia strategia di «*accettazione contenuta e controllata*»⁽¹²⁾ dell’attività legislativa che da Savigny avrebbe informato gran parte della riflessione giuridica di secondo Ottocento, contribuendo a determinare il successo dell’approccio pandettistico sul continente. Il problema è sempre lo stesso: quali contromisure teoriche adottare rispetto ad uno Stato-legislatore che dopo il 1804 sembra più che mai intenzionato a monopolizzare l’intero processo di produzione ed evoluzione giuridica? Come convivere coll’evidenza del protagonismo crescente del diritto legislativo senza per questo rimanere schiacciati dalla logica strumentale che sempre più spesso lo governa e che sembra mettere in discussione non solo la continuità dell’ordine giuridico, ma la stessa condizione di possibilità di una scienza del diritto? Come sappiamo è alla dottrina dell’istituto giuridico che dalle pagine del *System* Savigny avrebbe affidato la soluzione del dilemma. Passato il tempo della contrapposizione frontale a quell’«ardore creativo assolutamente cieco»⁽¹³⁾ che aveva contrassegnato la prima grande stagione codicistica, passato il tempo dell’«apodittica condanna»⁽¹⁴⁾, diviene adesso possibile per Savigny proporre una più raffinata opera di neutralizzazione teorica della potenziale irrazio-

del diciannovesimo secolo (1980) e ID., *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato* (1981), entrambi in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, tomo I, rispettivamente pp. 3-21 e 23-63.

⁽¹²⁾ Cfr. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., p. 45 (in corsivo nel testo).

⁽¹³⁾ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, qui da *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, ESI, 1982, p. 95.

⁽¹⁴⁾ Cfr. P. CARONI, *Il Codice disincantato* (1991), ora in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 104.

nalità del politico, basata sul concetto di diritto positivo quale sistema 'organico' di istituti giuridici.

Alla base di questa nuova strategia vi è da parte di Savigny la consapevolezza che a metà Ottocento la sfida teorica non si possa più decidere, come nella celebre disputa di inizio secolo, sul piano esclusivo delle fonti giuridiche. Che la legislazione abbia ormai acquisito «per la sua esterna potenza, tale preponderanza, che facilmente si è indotti nell'errore di considerarla come se fosse l'unica vera fonte del diritto»⁽¹⁵⁾ è un fatto incontrovertibile con cui occorre fare i conti e che non è più possibile nascondere dietro al primato ideale del *wissenschaftliche Recht*. Si tratta allora di spostare la partita ad un livello diverso, a monte rispetto al terreno delle fonti giuridiche, direttamente cioè sul piano della nozione di «diritto positivo», di cui occorre affermare con forza tanto l'autonomia quanto la preesistenza rispetto ad ogni sua possibile manifestazione normativa⁽¹⁶⁾.

Abbiamo a che fare — inutile dirlo — con vere e proprie pagine 'fondative' universalmente note e celebrate in sede storiografica. Ci basti qui allora evidenziare i punti rilevanti ai fini del discorso che stiamo cercando di svolgere. In estrema sintesi, diritto *positivo* non è per Savigny, nella sua essenza, il diritto *posto*, non è un ambiente costituito da norme, se per norme giuridiche si intendono le misure appositamente *create* in funzione di uno specifico bisogno sociale da soddisfare. Diritto positivo è al contrario una realtà oggettiva, dall'origine «invisibile», che *preesiste* tanto alle norme quanto ai rapporti giuridici e che trova il suo punto di con-

⁽¹⁵⁾ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, erster Band, Berlin, 1840, qui dalla traduzione italiana di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Volume primo, Torino, UTET, 1886, p. 72.

⁽¹⁶⁾ Il passaggio è notissimo: «Alcuno potrebbe credere avere il diritto un'origine affatto diversa secondo l'influenza del caso, o dell'arbitrio umano, della riflessione, e della scienza. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubitato, che, dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile d'inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale, per la quale esso in ogni circostanza, in cui può essere richiesto, si trova precostituito ed ha già una reale esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo*». Ivi, p. 42.

densazione primigenio nella struttura unitaria dell'istituto giuridico, quel complesso «organico» di regole e materia regolata che affonda le sue radici nella storia di un popolo e rispetto al quale tanto le norme quanto i rapporti non sono altro che espressioni giuridiche subordinate⁽¹⁷⁾. Da qui la possibilità di una conoscenza scientifica del diritto. Lungi dal potersi ridurre alla condizione di mero esegeta di un comando normativo, il giurista ha il compito di rinvenire il nesso organico (insieme storico e razionale) che stringe norme e rapporti nell'unità degli istituti giuridici, svelando altresì l'intimo «legame» che collega un istituto all'altro in un grande ordine sistematico.

È dunque a partire da questo più ampio punto di vista, da una concezione di diritto positivo quale sistema organico di istituti giuridici, che diviene possibile per Savigny portare a termine la sua operazione di contenimento e 'disarmo' teorico del decisionismo politico. A superamento dello spirito polemico che aveva animato le pagine del *Beruf* (la battaglia del resto è stata temporaneamente vinta) è possibile in prima battuta avanzare l'idea di una fisiologica azione 'cooperativa' tra le diverse fonti del diritto. Non si dà più alcun primato ontologico di una fonte giuridica sulle altre, «il diritto è in stato buono e normale soltanto quando queste forze produttive [...] operano armonicamente insieme, sicché nessuna di esse sia dall'altra isolata»⁽¹⁸⁾. Di fronte alla positività 'profonda' dell'istituto giuridico le distanze si riducono, i conflitti si attenuano. Tanto il diritto consuetudinario (erroneamente considerato — sottolinea Savigny — «la causa originaria» del diritto, quando invece ne è soltanto «l'indizio»), quanto il diritto legislativo e scientifico non sono adesso comprensibili se non come altrettante forme di manifestazione di un dato giuridico oggettivo necessariamente precostituito rispetto al loro intervento e pertanto possono essere tutte chiamate, allo stesso modo, a collaborare a quella fondamentale

(17) Nei termini di Savigny: così come «ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato», allo stesso modo «anche la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nella intuizione dell'istituto giuridico». Ivi, p. 38.

(18) Ivi, p. 73.

opera di completamento e svolgimento logico del sistema che presiede al corretto incedere del diritto nella storia. Così, se la scienza ha il compito di costruire e sorvegliare l'unità sistematica del diritto positivo, «alla mente del legislatore [deve] esser presente la più completa idea dell'organico istituto giuridico, se si vuole che la legge risponda al suo scopo, ed egli deve con processo artificiale dedurre da quest'idea completa il precetto astratto della legge»; del pari, «colui che deve applicare la legge, deve, con una operazione inversa, ricomporre l'insieme organico, di cui la legge non presenta che un singolo aspetto»⁽¹⁹⁾.

Attorno al baricentro stabile dell'istituto giuridico scienza, giurisprudenza e legislazione possono trovare dunque il criterio della loro pacifica convivenza. La scienza svela e plasma l'unità organica che si 'intuisce' dietro alla molteplicità dei rapporti giuridici, il legislatore ne favorisce lo sviluppo e il «progresso graduale» nel tempo ed infine il giudice se ne giova nel momento dell'interpretazione/applicazione della legge, la quale diviene attività razionalmente controllabile in quanto egli abbia la possibilità di ridurre di volta in volta la sproporzione esistente tra la singola disposizione da applicare ed il sistema giuridico nel suo complesso, riferendo mentalmente ogni norma al suo istituto giuridico corrispondente. Un moto 'convettivo' incessante di riproduzione giuridica che unisce ogni componente alle altre ed ogni parte al tutto.

Certo, fintanto che ci si muove all'interno di una dinamica ordinaria e ordinata delle fonti del diritto, *nulla quaestio*. Ma che succede nel momento in cui la legislazione fuoriesce dai limiti della sua *vera* missione facendosi portavoce diretta, in nome del «pubblico bene», di specifiche istanze sociali, di interessi economici contingenti, così distraendo il diritto dall'unico fine conforme «all'etica destinazione della natura umana», ovvero la delimitazione del campo di esercizio della libertà individuale⁽²⁰⁾? Come riuscire a preservare quel delicato equilibrio costituzionale tra le diverse fonti del diritto che appare sostenibile soltanto in presenza di un ritmo evolutivo 'naturale' degli istituti giuridici? Savigny è perfettamente

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 68.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 75.

consapevole che lo Stato è destinato presto o tardi ad accrescere in modo prodigioso la propria sfera di azione e dunque è cosciente del fatto che l'interventismo legislativo sia un fenomeno che non possa essere tenuto a bada facendo ricorso esclusivo all'ideale stabilità del sistema. Occorre allora predisporre uno strumento teorico ulteriore in grado di disattivare alla radice il pericolo che una crescita fuori controllo di materiale normativo possa divorare spazi sempre maggiori all'autonomia del sistema giuridico, mettendo a repentaglio la stessa esistenza di una *Rechtswissenschaft*. Ed è proprio per scongiurare questo rischio che, in seconda battuta, Savigny chiama in causa la dialettica tra «*jus commune*» e «*jus singulare*». Oltre alla contrapposizione tra diritto «assoluto» e «suppletivo» — osserva Savigny — esiste infatti una seconda distinzione fondamentale che attiene

alla diversa origine delle regole di diritto, secondo che queste sono derivate da puro diritto (sia *jus* ovvero *aequitas*), oppure da fonte ad esso estranea. Questi elementi estranei penetrando nel diritto ne alterano la purezza dei principii e vanno perciò *contra rationem juris*. Io li chiamo quindi *anomali*. I Romani li chiamano *jus singulare* e ne pongono a fondamento l'*utilitas* o la *necessitas*, cose differenti dal diritto. Il diritto derivato da puri principii giuridici io lo chiamo *regolare*; i Romani non gli danno ordinariamente alcun nome, tuttavia si trova talora designato col nome di *jus commune*.

Il passo è complesso e merita un'analisi ravvicinata. Intanto per Savigny occorre sgomberare il campo da una serie di equivoci di carattere terminologico e concettuale. Il fatto che nei testi romani per riferirsi al concetto di *jus singulare* venga spesso adoperata la nozione di *privilegium* non significa che esso alluda al moderno 'privilegio', ossia l'esenzione da determinati obblighi giuridici accordata *ad personam* dal supremo potere dello Stato. *Jus singulare* non è infatti la disciplina del caso 'singolo', ma è parte integrante del diritto generale. In secondo luogo, non coincide neppure con il cd. diritto 'eccezionale'. Il fatto che esso appaia, rispetto al diritto «normale», nel rapporto logico di regola ad eccezione è indubbio, ma — sottolinea Savigny — si tratta questo di un aspetto affatto «secondario, derivato, [che] non contiene l'essenza della cosa stessa»⁽²¹⁾. Allo

⁽²¹⁾ Ivi, p. 85.

stesso modo, infine, appare del tutto secondaria anche la circostanza che il diritto singolare/anomalo si presenti sempre come un diritto «limitato a certe classi di persone, di cose o di negozi». Se fosse vero sarebbe possibile rovesciare l'affermazione e considerare anomalo ogni diritto relativo a determinate classi, il che non è ammissibile. Quindi, di nuovo, «è assolutamente erroneo il volere in esso riporre, come molti fanno, il carattere distintivo del *jus singulare*»⁽²²⁾.

In cosa consiste, allora, questa specifica anomalia del diritto singolare? Ecco il punto: la causa dell'anomalia attiene tutta, per Savigny, alla «diversa origine» della regola giuridica, al fatto cioè che lungi dal potersi ricondurre, come il diritto 'regolare', ad una razionalità oggettiva sovrastante, ad un principio giuridico del quale possa considerarsi sviluppo e complemento, in essa non sia ravvisabile altro fondamento che la particolare *utilitas* che intende perseguire, la occasionale *necessitas* che l'ha cagionata, e quindi non abbia altra condizione di legittimità se non la decisione arbitraria, l'atto d'imperio del potere che l'ha posta in essere. La norma di *jus singulare* è anomala dunque non in ragione della ristrettezza del suo ambito di applicazione (che semmai è la conseguenza inevitabile della sua anomalia), ma perché disancorata da quel necessario riferimento alla positività 'profonda' dell'istituto giuridico che — abbiamo visto — rappresenta per Savigny il termine di mediazione obbligato di ogni fase di sviluppo storico del diritto. In questo senso *jus singulare* non può dirsi propriamente neppure diritto 'positivo'. Al contrario, esso si presenta «come di natura meramente positiva [*rein positiv*], sicché il più delle volte può riferirsi alla volontà di un determinato legislatore»⁽²³⁾. Ed è proprio in virtù di questa sua 'diversa' natura che al diritto singolare è preclusa totalmente la possibilità di un'estensione analogica: «Infatti tutto il procedimento per analogia si basa unicamente sulla intrinseca connessione del sistema giuridico; le regole del diritto anomalo però derivano da principî estranei e sono solamente aggiunte al sistema giuridico, per cui non può a loro essere attri-

⁽²²⁾ *Ibid.*

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 85.

buita la forza organica creatrice del diritto normale»⁽²⁴⁾. Non basta, in altre parole, dirottare nel contenitore del diritto anomalo ogni materiale normativo incompatibile con un ritmo di sviluppo ‘naturale’ del sistema giuridico, occorre anche impedire che da quel contenitore possa un domani uscire⁽²⁵⁾.

Anche quando la legge esorbita dal suo ordinario raggio d’azione il rischio di uno schiacciamento inarrestabile (nichilistico) del diritto sul terreno della ragion di Stato appare dunque scongiurato. Ogniqualvolta il potere legislativo sceglie di intervenire direttamente — ed è suo legittimo potere farlo — nella risoluzione di un determinato conflitto di interessi; ogniqualvolta la legislazione si fa fonte di disciplina immediata di specifiche *utilitates*, rompendo ogni nesso di continuità con il sistema giuridico dato, si ha a che fare in fin dei conti per Savigny con qualcosa di ‘estraneo’ al diritto positivo vero e proprio: una dimensione epidermica della giuridicità, un diritto *anomalo*, appunto, contingente, effimero come la volontà politica che lo ha generato e pertanto incapace di esprimere principî giuridici, incapace di un qualsivoglia sviluppo organico. Insomma, se il caos del decisionismo politico non può essere totalmente impedito, grazie alla nozione di *jus singulare* è ancora possibile pensare di averne disinnescato i rischi maggiori. La crisi di fine secolo avrebbe coinciso sotto molti aspetti con il venir meno di questa certezza.

⁽²⁴⁾ Per tutto il ragionamento, cfr. SAVIGNY, *System*, cit., § 46.

⁽²⁵⁾ È in questo senso che Savigny insiste sul carattere «generale» e non «istorico» del concetto di diritto singolare. Nel senso che l’assegnazione all’uno o all’altro campo, regolare o anomalo, del diritto non può considerarsi relativa e temporanea, ma in linea di massima assoluta e definitiva. Certo, anche la teoria in fin dei conti è soggetta alla storia. E quindi non è del tutto da escludersi l’eventualità che «un principio in origine estraneo al diritto [possa] venir da esso assorbito in modo, che ciò, che prima valeva come *utilitas*, con l’andar del tempo [venga] concepito come *ratio juris*». Ivi, p. 86. Ad escludere tuttavia che ciò potesse darsi come osmosi naturale tra i due campi, interveniva per l’appunto il divieto di estensione analogica del diritto anomalo, che viene a configurarsi in questo quadro come una forma di chiusura ermetica dell’anomalia rispetto ad ogni tentativo di normalizzazione.

3. *La legalità sdoppiata dell'esegeta. Paradigma savigniano e cultura giuridica postunitaria.*

Di fronte allo spettro del 'contagio' del sistema giuridico da parte di una razionalità strumentale di tipo politico ad esso ritenuta ontologicamente estranea, il recupero savigniano della nozione di *jus singulare* corrisponde dunque all'indicazione di una possibile via d'uscita teorica. Il *virus* della decisionalità politica può essere, se non sconfitto, almeno contenuto. E ciò che consente di circoscriverne la diffusione è appunto la distinzione tra diritto *regolare* e *anomalo*: un dualismo che per Savigny attiene, non già a una dialettica 'ordinaria' tra differenti modalità di atteggiarsi del diritto positivo (come avviene nel caso del rapporto tra regola ed eccezione), ma ad una contrapposizione più profonda e radicale tra due dimensioni giuridiche geneticamente *diverse* e (almeno in teoria) non comunicanti tra loro; ossia — come abbiamo visto — tra un diritto riconducibile ad un principio giuridico 'dato', del quale possa presentarsi come deduzione e sviluppo, ed un ambiente normativo che al contrario non sembra altrimenti fondato se non su un criterio di stretta funzionalità rispetto ad un obiettivo politico e sociale da perseguire. Quest'ultimo è il terreno dello *jus singulare*. Un ambiente che si trova ai limiti estremi del giuridico — un diritto «meramente positivo» scrive Savigny — all'interno del quale la scienza è titolata a confinare, in una sorta di 'quarantena' indefinita (considerato il divieto di estensione analogica che ad esso deve applicarsi), tutta la produzione normativa che non appaia conforme alla logica evolutiva del sistema, a quel parametro oggettivo di razionalità che incontra il suo punto di coagulo fondamentale nella struttura 'organica' dell'istituto giuridico.

Ora, rispetto a queste coordinate teoriche fondamentali — primato ontologico del sistema; controllo scientifico di compatibilità della produzione normativa statale all'evoluzione 'naturale' del diritto positivo; *jus singulare* come contenitore concettuale del diritto legislativo 'anomalo' — la vicenda italiana postunitaria sembra effettivamente avere ben poco a che spartire⁽²⁶⁾. Marchiato a

(26) Per un quadro ragionato e aggiornato dei principali riferimenti bibliografici

fuoco dall'esperienza napoleonica — che si rivela ben presto sulla Penisola un modello di integrazione giuridica dal quale appare impossibile affrancarsi (nonostante i tentativi di revisione critica messi in campo nel corso dell'Ottocento preunitario e risorgimentale⁽²⁷⁾) —, il panorama italiano postunitario sembra ormai caduto, infatti, in quella soffocante spirale legicentrica dalla quale ogni ulteriore declinazione in senso dualistico dell'ordine giuridico positivo sarebbe parsa del tutto anacronistica.

Ebbene, pur con tutte le differenze del caso, ciò che ci sembra di poter affermare, al contrario, è che uno schema dicotomico di stampo 'savigniano' non solo abbia conosciuto una precoce diffusione nel quadro della cultura giuridica postunitaria, ma che abbia costituito altresì il criterio fondamentale di (pre)comprensione ed insieme di accettazione teorica della svolta codicistica; la chiave di lettura, ora manifesta, ora implicita, sulla quale si sarebbe imposta non soltanto una parte rilevante della strategia di legittimazione e di 'costituzionalizzazione' del Codice civile, ma anche la sua concreta attuazione pratica. La possibilità di far ricorso all'idea di un duplice livello di giuridicità (*comune* o *singolare*, a seconda del coefficiente di autonomia dalla discrezionalità politica, dalla volontà del legislatore, una norma di diritto positivo dimostri di possedere) quale dispositivo teorico di 'governo' scientifico del protagonismo legislativo non costituisce dunque una prerogativa limitata alle esperienze (come quella germanica) rimaste indenni ad

relativi alla cultura giuridica postunitaria, cfr. S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Il pensiero giuridico italiano. Dal medioevo all'età contemporanea*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2015, p. 269 e CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 68-70.

(27) Cfr. da ultimo, per il decennio francese a Napoli, P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018. Per uno sguardo d'insieme sui principali itinerari preunitari del confronto con il modello napoleonico, ci sia consentito il rinvio ad A. SPINOSA, «*Civili in diversissimo modo*». *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017. Ricontra un nesso di analogia tra il carattere 'plurale' della vicenda preunitaria italiana e la «*situación ibérica*» in cui matura il progetto di Codice civile del 1821, C. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2019.

una moderna *reductio ad unum* codicistica delle fonti del diritto. O meglio, se questo sembra a tutti gli effetti valere per l'esegeta francese (che per raggiungere lo stesso obiettivo sarà costretto a passare per luoghi teorici differenti⁽²⁸⁾), altrettanto però non si può dire del corrispondente italiano, per il quale tale dialettica profonda non solo non è incompatibile col pieno riconoscimento

(28) Per quel che ci è stato possibile verificare, la dialettica tra *ius commune* e *ius singulare* non trova spazio nel contesto della commentaristica pubblicata all'ombra del *Code civil*. Il civilista d'Oltralpe conosce un solo dualismo: quello tra «*Lois Naturelles*» e «*Lois Positives*». Ed il problema per lui è quello di stabilire, una volta per tutte, se le norme del diritto naturale che il legislatore non ha tradotto in legge possano considerarsi giuridicamente obbligatorie. Questione, peraltro, meno scontata di quel che ci si aspetterebbe. Ma queste ultime tendono a presentarglisi compatte e unitarie nella loro struttura, univoche nei loro fondamenti. Nessuna tensione sembra percorrerle. Diritto positivo è «le résultat des dispositions de la Loi» (Delvincourt) e questa nient'altro che la «*expression de la volonté du peuple*» (Huc), perché «*tire sa force de la seule volonté du souverain*» (Toullier). Le leggi positive «sont variables et changeantes, puisque le législateur qui les a faites peut les modifier à son gré ou les abroger» (Mourlon). Certo, si può ancora immaginare che dietro la volontà del legislatore agisca pur sempre l'influenza benefica della ragione naturale. E infatti, alla fine dei conti, è proprio su questa *coincidentia oppositorum* che sarebbe passata la via della 'costituzionalizzazione' del *Code civil*. Cfr. H.J.B. DARD, *Code civil des français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances édicts et déclarations, qui ont rapport à chaque article; ou conférence du Code civil avec les lois anciennes*, Paris, Commaillé, 1805; J.E.D. BERNARDI, *Corso di diritto civile francese*, Milano, Sonzogno, 1806; O. LE CLERQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, I, Liège, Duvivier, 1810; J.B.V. PROUDHON, *Cours de droit civil français*, I, A Dijon, Bernard-Defay, 1810; J.P. COTELLE, *Cours de droit français ou du Code Napoléon*, I, Paris, 1813; E.N. PIGEAU, *Cours élémentaire de Code civil ou exposé méthodique des dispositions du code civil pour en faciliter l'intelligence*, I, Paris, Blaise Jeune Libraire, 1818; C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, I, Bruxelles, Aug. Wahlen, 1824³; C.E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, I, Bruxelles, P.J. De Mat, 1825; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, I, Paris, Thorel e Guilbert, 1844⁴; J.C.F. DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, I, Napoli, Tipografia di Gaetano Reale, 1847; V.N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, I, Paris, Cotillon, 1859⁵; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des question théoriques*, I, Paris, A. Marescq Ainé, 1877¹⁰; A.M. DEMANTE, *Cours Analytique de Code civil* (1849), Paris, Plon, 1881²; T. HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, I, Paris, Pichon, 1892.

della centralità ‘costituzionale’ del Codice, ma in qualche misura — come vedremo — è la stessa logica del diritto codificato ad imporla.

La storiografia ha identificato da tempo la presenza di motivi storicistico-savigniani (anteriori alla loro recezione ufficiale) ad annacquare la purezza esegetica del giurista postunitario⁽²⁹⁾. Presenze che se per un verso invitano a ridisegnare le mappe degli schieramenti dottrinali consolidati — fino al punto di dover ammettere l’esistenza di una paradossale ma retoricamente efficace strategia di legittimazione ‘savigniana’ del Codice civile⁽³⁰⁾ —, per altro verso si inquadrano in quella più generale vocazione eclettica del giurista italiano che, elevata a «canone» metodologico nel corso dell’Ottocento risorgimentale, si sarebbe prolungata ben oltre le colonne d’Ercole dell’unificazione, quasi a delineare un tratto culturale identitario della tradizione giuridica nazionale⁽³¹⁾.

(29) Cfr. P. UNGARI, *L’età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967; P. COSTA, *L’interpretazione della legge: François Gén y e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 20 (1991), pp. 367-495; G. CAZZETTA, *Civilistica e ‘assolutismo giuridico’ nell’Italia post-unitaria: gli anni dell’esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 399-418; S. SOLIMANO, *Tra ‘esegesi e sistema’? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in «Jus», 39 (2010), pp. 203-48; e Id., *Tendenze della civilistica postunitaria*, cit.; A. SPINOSA, «L’economia dei Codici moderni». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 747-780.

(30) Su cui ad es. ancora G. CAZZETTA, *Codice nazionale e «vocabolario mentale» dei giuristi* (2009), in Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 71-96.

(31) Sull’eclettismo come tratto saliente della cultura ottocentesca italiana (giuridica e non), cfr. N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del XIX secolo*, in «Bollettino dell’Istituto di Filosofia del Diritto della regia Università di Roma», 1942; E. GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LX (1987), pp. 285-309; M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia*, Napoli, 1987; A. SAVORELLI, ‘Eclettismo’ e ‘terza via’ nella filosofia italiana tra il 1860 e il 1890, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell’Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1990, pp. 205-239; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 39 (2010), pp. 153-228 e Id., *La nazione dei giuristi. Il canone eclettico tra politica e cul-*

Ad ogni buon conto, sia che possa essere ricondotta direttamente alla lezione savigniana (di cui il giurista italiano sembra accogliere in larga parte il messaggio, pur entro un sistema di fonti che apparentemente lo smentisce); sia che invece sia fatta rientrare dalla finestra di una disinvolta miscela di paradigmi differenti, ecletticamente combinati tra loro; sia infine che faccia il suo ingresso dalla porta principale delle stesse norme del Codice⁽³²⁾, la dicotomia *ius commune/ius singulare* finisce per riprodurre tra Codice civile e la rimanente legislazione una dialettica analoga a quella che da ottica savigniana avrebbe dovuto presiedere al corretto rapporto tra ‘sistema’ e produzione legislativa, assolvendo dunque, pur dentro la «tana del lupo ‘codicistico’»⁽³³⁾, alla medesima missione teorica.

Con paradosso soltanto apparente, il ruolo di *ius commune* spetterà allora in questo scenario proprio al Codice civile, quale contenitore di un diritto *dato*, capace di imporsi ‘savignianamente’ — potremmo dire — al volere del legislatore statale. Il Codice, scrive Pepere, «*non può essere che il portato dello spontaneo e progressivo sviluppo dello spirito giuridico di una nazione, il quale è pervenuto a cogliere l'unità mentale di tutta la sua legislazione*»⁽³⁴⁾.

tura giuridica: spunti per una riflessione sulla esperienza italiana della Restaurazione, in *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, a cura di G. Baggio, E. Fregoso, F. Micolo, Parma, MUP, 2011, p. 263 e ss.

⁽³²⁾ Ci riferiamo all'art. 4 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*. Il testo, in realtà, preso alla lettera non parla di diritto *singolare*: «Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi». Il concetto, dunque, è a tutti gli effetti una ‘proiezione’ del giurista postunitario. Dobbiamo allora ammettere con Grossi di essere di fronte ad una di quelle «retrodatazioni culturali» che non è raro in ambiente postunitario vedere sovrapporsi al testo codicistico orientandone la lettura. Per l'espressione, cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in «Quaderni fiorentini», 5-6 (1976-77), pp. 201-338, anche in *Id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 439-570.

⁽³³⁾ Cfr. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 388.

⁽³⁴⁾ Cfr. F. PEPERE, *Enciclopedia organica del diritto*, Napoli, Marghieri, 1870, p. 121 (corsivo nostro). L'immagine di un legislatore ‘savigniano’ non si arresta di fronte al Codice, ma sottintende a tutto il processo ‘naturale’ di formazione del diritto, discostandosi dal quale l'esito non può essere che ‘disorganico’ ed ‘incivile’: «Il

Sulla stessa lunghezza d'onda, se per Vanni i codici «non sono già la raccolta di nuove leggi d'un tratto create ed emanate dal legislatore, ma il *resultato naturale e necessario dello sviluppo storico del diritto nazionale*», un Codice non essendo altro che un «sistema e al tempo stesso una storia»⁽³⁵⁾, per Saredo l'opera della codificazione

non consiste [...] in una creazione di leggi, né è una rivelazione di veri giuridici che un legislatore promulghi, da una specie di Sinai: basta a provare il contrario, l'aprire un codice; il quale non è altro che una raccolta razionale delle consuetudini, delle idee, dei costumi, che il legislatore non ha fatti, ma che si è limitato a coordinare metodicamente, a riformare e a completare, combinando le nuove verità giuridiche con le vecchie che hanno avuto la sanzione del tempo, eliminando le istituzioni e le leggi che il tempo ha abrogato, o che non hanno più corrispondenza col nuovo stato e co' bisogni della società⁽³⁶⁾.

Non si pensi a questa come ad una maliziosa opera di *cherry picking* orchestrata intenzionalmente ad inganno del lettore, né ad una selezione di testi viziata da un incontrollato *bias* di conferma. Abbiamo a che fare piuttosto con testimonianze rappresentative di una strategia retorica largamente diffusa in ambiente postunitario, rispondente a specifiche esigenze teoriche, la quale si ricollega a quel complesso apparato argomentativo che nel corso del XIX se-

lavoro legislativo adunque o che si svolga come immediata trasformazione della consuetudine in legge, o come lavoro critico della giurisprudenza, le cui deduzioni quello converte in formole imperative, è sempre un processo scientifico, il quale dalla ragioni assolute del giusto discende alle particolari determinazioni del diritto positivo. [...] Imperocché essendo la legge l'espressione della coscienza giuridica del popolo riflessa nella superiore mentalità de' giuresapienti o de' filosofi civili, che la rivelano e la formulano ne' legislativi precetti, seguita che altri non possono essere i legislatori di una nazione se non i suoi sapienti, ne' quali essa riconosce la civil sapienza, che in un grado superiore in sé accoglie e riflette la di lei cognizione volgare. [...] Ogni altro processo formativo della legislazione, diverso da questo, perocché è in dissonanza col l'interno processo evolutivo delle leggi, è disorganico e incivile». Ivi, pp. 114-5.

⁽³⁵⁾ Cfr. I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, Perugia, Santucci, 1877, p. 33.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. SAREDO, *Trattato delle leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del Codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei Codici vigenti*, Firenze, Pellas, 1871, vol. I, p. 56 (corsivo nostro).

colo accompagna e legittima il varo del Codice civile sulla Penisola⁽³⁷⁾. È la retorica del Codice ‘nazionale’⁽³⁸⁾. È l’esaltazione del nesso stringente tra codificazione e identità nazionale che — a valle — ha come sua principale ricaduta teorica l’idea del fondamento *oggettivo* del diritto codificato, l’immagine potente del Codice civile come supremo *atto di riconoscimento* del diritto nazionale. Dire codificazione nazionale non significa, insomma, per il giurista postunitario prodursi in un mero esercizio declamatorio. Dietro la retorica ci sono scelte di campo ben precise dalla indubbia valenza teorico-generale. Qui si determina quell’originale incontro tra codificazione e ideologie anticodificatorie (su cui da tempo la storiografia ha posto attenzione) a partire dal quale diviene possibile affermare, senza timore di cadere in contraddizione, che in fin dei conti il Codice civile unitario

non ispiacerebbe, se ancora vivesse, all’avversario della codificazione — il Savigny — vedendolo informato agli ammonimenti da lui dati nel suo libretto della Vocazione del nostro secolo in fatto di legislazione e di giurisprudenza. Di vero, il diritto dee riconoscersi ben codificato quando riesca a confermare il gran principio della scuola del Savigny, che *esso non è nulla di casuale e arbitrario*, ma invece il *prodotto naturale della coscienza giuridica*, sì come viene manifestando dalle sue condizioni economiche, sociali, morali e da altri consimili rapporti e condizioni di fatto⁽³⁹⁾.

Ci è impossibile in questa sede seguire da vicino i passaggi attraverso i quali simile operazione si compie⁽⁴⁰⁾. Si può ben intuire,

⁽³⁷⁾ Per un’attenzione specifica al ruolo performativo del discorso giuridico nel processo di formazione dell’identità nazionale cfr. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013.

⁽³⁸⁾ Un esame ravvicinato di alcune tappe salienti di questo processo, ancora in CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. C. LOZZI, *Introduzione al Codice civile. Saggio teoretico e pratico. Avvertenze proemiali e principalmente del metodo*, in «Temi Veneta», anno IV (1879), 4, p. 42. Parole non dissimili a quelle adoperate da Pisanelli qualche anno prima: «Né più vi è alcuno ormai de’ giuristi il quale pensi che la codificazione sia un fatto *arbitrario*, e non riconosca invece in essa un fatto *inevitabile* e un *progresso felice* quando le discipline giuridiche si sieno pienamente esplicate». Cfr. G. PISANELLI, *Dei progressi del diritto civile in Italia nel secolo XIX*, Milano, Vallardi, 1872, p. 31.

⁽⁴⁰⁾ Anche perché in effetti l’abbiamo già fatto. Cfr. A. SPINOSA, *L’equilibrio codicistico. Codificazione e cultura giuridica nell’Italia postunitaria*, Firenze, Alfani edi-

tuttavia, come l'idea di una codificazione 'nazionale' quale precipitato normativo delle « antiche e gloriose » tradizioni d'Italia, pur suggestiva, non fosse poi così facile da applicare alla realtà del Codice unitario, ma richiedesse un forte impegno collettivo di mediazione intellettuale. Una partita teorica peraltro che si gioca su due fronti egualmente complessi. Verso l'esterno, si trattava — è evidente — di spezzare il rapporto di vassallaggio che legava il testo italiano al modello napoleonico. Ma se il 'nemico' esterno poteva essere sconfitto facendo leva sull'idea di un'ininterrotta tradizione giuridica autoctona (romana, comune, italiana) che, a ben guardare, finiva per ricomprenderli entrambi⁽⁴¹⁾, più complicato rimaneva, sul fronte 'domestico', proiettare l'idea di una comune identità giuridica nazionale su un paesaggio ad altissima vocazione 'plurale' quale storicamente era sempre stato quello italiano. Sotto questo profilo occorre allora procedere ad una *italianizzazione* a tappe forzate della storia giuridica della Penisola, alla ricerca di una tradizione nazionale unitaria⁽⁴²⁾ — della quale il Codice po-

trice, 2017 (in part. il cap. III dedicato a 'L'idea di Codice nella cultura giuridica postunitaria').

⁽⁴¹⁾ Italianizzare il Codice unitario implicava in tal caso un'opera di contestuale italianizzazione del *Code civil*. Ancora nel '29, ad esempio, le inossidabili *Istituzioni* di Pacifici Mazzoni ribadivano l'idea che il Codice unitario fosse francese almeno quanto il *Code Napoléon* fosse romano e, pertanto, italiano: « Fu naturale quindi il risultato che [...], il Codice francese quando venne in Italia, non fosse accolto qual legge imposta, ma come dichiarazione del diritto comune corrispondente ai nostri sentimenti e ai nostri costumi ». E a rinforzo, di nuovo, l'idea che il Codice non avesse fatto altro che certificare le antiche tradizioni italiane: « Ma con quanto maggior ragione e più estesa misura non possiamo noi vantare nel nostro Codice civile la conservazione delle nostre antiche e gloriose tradizioni, essendovi stato eliminato quanto di veramente straniero il Codice Napoleone conteneva [...]? ». Circostanza questa che finiva per affiancarsi al riconoscimento della necessità e preesistenza del diritto codificato, nonché del suo totale affidamento alla scienza giuridica: « la codificazione diviene un fatto necessario e si compie solo quando siasi giunti ad un determinato periodo di civiltà, e il diritto sia compiutamente esplicito, insomma quando la scienza ha compiuto la sintesi del diritto consuetudinario; e sono lasciate ad essa, come suo proprio patrimonio ». Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* (1867), Torino, UTET, 1929³, pp. XIII-XX.

⁽⁴²⁾ Inutile dire che spesso questa ricerca finiva per ricondurre alle 'gloriose' radici del diritto romano. Così per tutti Buonamici: « La vera tradizione è questa; ed è

tesse ergersi a credibile manifesto — da poter sovrascrivere a quelle molteplici tradizioni giuridiche patrie sulle quali si era esercitata abbondantemente la fantasia progettuale del giurista risorgimentale e che avevano costituito a lungo il cerchio massimo dell'identità collettiva⁽⁴³⁾.

Mettiamo da parte allora per il momento questi profili e torniamo sul punto teorico che qui interessa. Ed il punto è che attraverso la retorica della tradizione giuridica nazionale — che diviene l'occasione per una scrupolosa *mise en question* delle principali proposte dottrinali d'Oltralpe — riesce a farsi strada nel giurista postunitario l'idea che, pur formalmente unificato sul piano delle fonti del diritto, l'ordinamento giuridico italiano abbia conservato, nonostante il Codice (per non dire proprio grazie ad esso), una dinamica interna ineliminabile del tutto isomorfa a quella identificata dal sistema savigniano. Cioè a dire la dialettica tra uno strato 'profondo' della giuridicità — cui si addice il concetto di *ius commune*

romana. Tanto il Codice Napoleone quanto gli altri Codici italiani in molte parti l'accosero, l'avvalorarono, e poi la trasmisero, per dir così, al Codice attuale. Né poteva essere diversamente. *Il diritto privato*, come sul principio osservammo, *resiste potentemente alle mutazioni*; anzi in qualche sua parte sembra immobile; ponete a modo d'esempio le funzioni della proprietà privata le quali hanno tal natura che dirimpetto ai bisogni dell'uomo e alle condizioni odierne della società civile non si possono supporre o mancanti o diverse [...]. I nostri popoli si assuefecero alle medesime e le tradussero in proprie convinzioni; per lo che sebbene mutassero spesso di leggi e compilassero Codici di diritto privato, *non mutarono di principii*, di ricordi, di abitudini, di linguaggio giuridico e di formule legali. *I Codici adunque non crearono una tradizione; la conservarono.* [...] La brevissima loro vita non bastò a renderli cagione di cambiamenti radicali; meno nelle parti nuove, *ormai portate dal tempo*, formulate nel Codice Napoleone, e proposte da una giovane scienza. Per il resto essi non sono da considerare come efficaci *se non in quanto mantengono o lentamente modificano la vecchia nostra tradizione*. La quale per essi adunque *non è punto interrotta*. Resta tuttora romana dentro quei Codici, come resta romana nell'attuale». Cfr. F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, Prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876, Pisa, Tip. Nistri, 1877, pp. 19-21.

⁽⁴³⁾ Ci siamo occupati di una porzione di questa vicenda in A. SPINOSA, *Storia del diritto e costruzione dell'identità nazionale*, in *Retoriche dei giuristi*, a cura di Cazzetta, cit., pp. 341-84. Sul fenomeno del diritto patrio, cfr. *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Biocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006.

— che attiene a quei principî giuridici consacrati dalla tradizione e dalla giurisprudenza che il legislatore lungi dall'aver creato si è limitato a riconoscere, ed uno strato più superficiale del giuridico — che il giurista postunitario non ha problemi a designare col nome di *ius singulare* — il quale al contrario possiede il suo unico fondamento nella volontà del legislatore, quando questi derogando rispetto ai principî dati del diritto comune si fa arbitro insindacabile degli interessi sociali meritevoli di una specifica tutela legislativa. Un «dualismo costante nel dominio della legge»⁽⁴⁴⁾ che in ragione del diverso regime interpretativo ad esso si associato — illimitata capacità espansiva, organica, del primo *vs* interpretazione restrittiva e divieto di analogia per il secondo — gioca un ruolo fondamentale in ottica liberale ai fini del mantenimento in equilibrio del sistema attorno al primato 'costituzionale' del Codice civile, dei principî (immutabili di giustizia, della tradizione, della scienza) del diritto civile borghese.

Certo, si può pensare che si tratti pur sempre di una distinzione residuale. Si può cioè ipotizzare — con Borsari — che normalmente il legislatore «non adempi[a] all'alta sua missione se non ritraendo il diritto che già preesiste nella pubblica coscienza dal suo stato di mera apprensione scientifica al grado di statuto obbligatorio»⁽⁴⁵⁾, o ad esempio ribadire con De Filippis la convinzione che «la legge non [sia] altro che la riflessione del diritto popolare» e che «il legislatore per formulare il principio giuridico deve riflettere lo spirito nazionale che si manifesta attraverso le opinioni, i bisogni ed i progressi della scienza»⁽⁴⁶⁾. Riferibile tanto a Savigny quanto a suggestioni vichiane⁽⁴⁷⁾ e rosminiane, l'idea di

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. CAPITANI, *Analogia* (voce), in «Digesto italiano», Torino, UTET, 1895, p. 178.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTET, 1871, p. 12.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano*, Milano, Soc. ed. Libreria, 1869, pp. 48-49.

⁽⁴⁷⁾ Sul vichismo come fenomeno culturale dell'Ottocento italiano, cfr. S. MORAVIA, *Vichismo e «idéologie» nella cultura italiana del primo Ottocento*, in *Omaggio a Vico*, Napoli, Morano, 1968; F. BRANCATO, *Vico nel Risorgimento*, Palermo, S. Flaccovio, 1969; F. TESSITORE, *Della tradizione vichiana e dello storicismo giuridico nell'Otto-*

un'attività legislativa limitata alla determinazione esteriore di un «principio d'ordine»⁽⁴⁸⁾ o di un «vero assoluto» indipendente dalla stessa ragione umana potrebbe insomma far pensare allo *ius singulare* come ad un contenitore teorico, sì importante, ma di fatto tendenzialmente vuoto.

L'impressione però è che le cose stiano all'esatto opposto. Se infatti — come abbiamo visto — l'area dello *ius commune* finisce per coincidere con l'ambito di svolgimento dei principî del diritto civile codicistico, rimanendovi circoscritta, i confini dello *ius singulare* tendono simmetricamente (trattandosi di coppia dicotomica) a presentarsi molto elastici e accoglienti, potenzialmente capaci di alloggiare senza troppe difficoltà l'intera produzione legislativa eccedente. Rientreranno così nella sfera della singolarità, nella 'zona rossa' del diritto inconseguente rispetto alla logica espansiva naturale dei principî del diritto comune civilistico, tanto le specifiche disposizioni limitative/derogatorie/eccezionali rispetto all'ordine del diritto civile 'eguale' (anche quelle che per avventura siano riuscite a penetrare la corazza codicistica), quanto interi settori giuridici e disciplinari⁽⁴⁹⁾. Andando più nel dettaglio, scopriamo che

cento napoletano, in *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Settanta*, Napoli, Morano, 1962, appendice prima; ID., *Vico e la tradizione giuridica italiana*, in *L'educazione giuridica*, II, *Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, Libreria editrice universitaria, 1979, pp. 387-429; G. CACCIATORE, *Vichismo e illuminismo tra Cuoco e Ferrari*, in *La tradizione illuministica in Italia*, a cura di P. Di Giovanni, Palermo, Palumbo, 1986, pp. 43-91; G. BENTIVEGNA, *Dal riformismo muratoriano alle filosofie del risorgimento*, Napoli, Guida, 1999; G. COSPITO, *Il «gran Vico»*. Presenza, immagini e suggestioni vichiane nei testi della cultura italiana pre-risorgimentale (1799-1839), Genova, Name, 2002; LACCHÈ, *Il canone eclettico*, cit.

⁽⁴⁸⁾ La contrapposizione tra 'buon ordine' e 'volontà generale' diviene trasparente ad esempio in una pagina di Voltolina: «Sta però ben ricordare che ogni legge sia che permetta, sia che ordini, sia che proibisca, sia che punisca, *deve essere giusta, ragionevole*, e [...], *conforme al buon ordine*, ai bisogni ed alle circostanze della società; ragione per cui, leggi che avessero per oggetto personali interessi, che si limitassero al solo bene privato, che si lontanassero dal bene sociale, sarebbero ingiuste e contrarie al bene pubblico, *sarebbero frutto di volontà generale*». Cfr. F. VOLTOLINA, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, Venezia, Tipografia municipale Gaetano Longo, 1873, p. 16.

⁽⁴⁹⁾ Un elenco interessante, ma empirico ed incompleto, delle norme di *ius singulare* è quello proposto da Saredo, che distingue tra: 1) le leggi che nel loro insieme

attraverso la lente dell'art. 4 delle preleggi, le norme di *ius singulare* vengono generalmente ricondotte a tre diverse categorie: *a*) le leggi penali; *b*) le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti (un concetto abbastanza malleabile da poter abbracciare serenamente, per intendersi, sia le disposizioni in materia di autorizzazione maritale, sia tutte le norme di diritto amministrativo); ed infine *c*) le leggi che formano eccezione alle regole generali (una famiglia altrettanto variegata che si può restringere, ad esempio, alle minute disposizioni in materia di estinzione per silenzio quinquennale degli interessi sul debito, o allargarsi fino a ricoprire tutto il diritto commerciale⁽⁵⁰⁾).

Diritto penale, pubblico/amministrativo⁽⁵¹⁾, commerciale, speciale, eccezionale: sono molteplici e dalla massa oggettivamente

costituiscono un diritto speciale (quali ad esempio il Codice penale per forze militari di terra e di mare); 2) le leggi che nel pubblico interesse restringono il diritto civile (es. leggi amministrative, norme sull'espropriazione forzata, legislazione sulle miniere, i limiti di pubblica sicurezza alla libertà nelle industrie); 3) le leggi che costituiscono dei privilegi speciali, delle esenzioni dal diritto comune (ad es. i privilegi dei senatori e dei deputati, quelli accordati a prefetti e giudici); 4) le leggi relative alle imposte e alle esazioni; 5) le leggi relative ai privilegi fra creditori del medesimo debitore; 6) le disposizioni del potere esecutivo che riguardano *a*) amnistie e grazie, *b*) concessioni di diversa specie. Cfr. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 450.

⁽⁵⁰⁾ Quello relativo ai rapporti tra diritto civile 'comune' e diritto commerciale 'singolare' è un tema di grandissimo interesse che in queste pagine non può essere sviluppato. Ciò che possiamo dire è che in questa prima fase l'idea del carattere 'singolare' del diritto commerciale mi pare possa essere considerata come assolutamente prevalente, almeno da sponda civilistica. Cfr. ad es. G. DEL VITTO, *Guida allo studio di una teoria generale del diritto*, Torino, Tipografia Arnaldi, 1871, p. 70. Cfr. per un primo orientamento M. CARVALE, «*Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?*». *La polemica sul codice di commercio nell'Italia liberale*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, a cura di C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, Milano-Roma, Mondadori — Università La Sapienza, 2008; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in «*Orizzonti del diritto commerciale*», 3 (2015), pp. 1-45; nonché da ultimo, *'Non più satellite'. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019 ed in particolare il saggio di E. MURA, *L'orbita di un «pianeta luminosissimo»*. *Verso l'autonomia scientifica del diritto commerciale*, pp. 45-105.

⁽⁵¹⁾ Contro questa *deminutio capitis*, contro la «tendenza assai diffusa [a ritenere] che il diritto pubblico sia in massima parte un diritto che formi eccezione a

ragguardevole i distretti dell'ordinamento legislativo che finiscono per piombare nell'orbita del diritto singolare. Leggi a tutti gli effetti, secondo i canoni del più rigido positivismo giuridico. Eppure in qualche misura di qualità differente⁽⁵²⁾ (inferiore) rispetto alla materia di cui sembrano fatte le norme di diritto civile e per questo suscettibili di un differente trattamento ermeneutico. Singolare è il *genus* rispetto al quale ogni ulteriore suddivisione teorica perde di autonomia. Questo vale in modo particolare per il concetto di 'specialità'. È abbastanza raro, invero, nel contesto postunitario imbattersi nella nozione di 'diritto speciale'. Siamo del resto ancora a relativa distanza di sicurezza dalla prima ondata di leggi sociali. Quando si incontra, però, ci si accorge ben presto che il concetto di diritto speciale non possiede ancora autonomia sufficiente a permettergli di fuoriuscire dal cerchio della singolarità, estendendosi ad esso il medesimo divieto di interpretazione analogica che colpisce tutta l'area giuridica 'infetta' dell'anomalia⁽⁵³⁾.

quello civile patrimoniale cui, molto frequentemente, si riferisce la qualifica di comune» avrebbe tuonato come è noto Santi Romano, rivendicando la piena autonomia del diritto amministrativo dalle logiche del diritto privato. Si trattava infatti a suo giudizio di una sopravvivenza teorica riferibile ad un tempo, invero neppure molto lontano, «in cui i rapporti di diritto pubblico, non ancora fusi in un proprio sistema autonomo, erano regolati da principii che trovavano la sede tradizionale della loro trattazione nel diritto privato. Quel tempo adesso si può ritenere quasi trascorso: il diritto pubblico in genere e l'amministrativo in ispecie hanno rivendicato a sé molti principii e di molti altri hanno messo in luce il carattere generale e l'appartenenza, non esclusiva al diritto civile, ma comune». Anche dal punto di vista quantitativo il diritto pubblico aveva conosciuto nel frattempo una tale «prodigiosa progressione» che «parlare in tali condizioni di cose di un diritto eccezionale non [aveva] senso, poiché, quando le eccezioni son troppo numerose e possono raggrupparsi sotto proprii principii, allora si è dinanzi ad un'altra regola», da cui la conseguenza «che l'opinione che in esso scorge un diritto anomalo non trova riscontro nella realtà». Cfr. S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in Id., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990), pp. 97-8.

⁽⁵²⁾ «Questa forma di diritto che i moderni chiamano anomalo non avendo ragione nella natura delle cose e nell'interesse comune, parve una mera creazione dell'autorità (*auctoritate constituentium productae*) e qualche cosa di eccezionale, e certamente non rivestito di quella dignità del diritto che domina spontaneamente i rapporti giuridici in generale». Cfr. BORSARI, *Commentario*, cit., pp. 68-9.

⁽⁵³⁾ Cfr. ad esempio PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., p. 8: «Per riguardo all'estensione obbiettiva, il diritto si distingue in generale o comune, in singolare o spe-

Insomma, tra *commune* e *singulare*, tra dichiarazione e creazione legislativa, *tertium non datur*: non è possibile immaginare un terzo *status* teorico delle norme giuridiche, intermedio ai due estremi, che pur non potendosi qualificare come ‘comune’ riesca ciononostante a sfuggire alla misura di restrizione e contenimento rappresentata dal divieto di estensione in via analogica.

Se rivolgiamo la nostra attenzione alla produzione di taglio esegetico troviamo questo schema in larga parte confermato. Si sottolinea la diversa « dignità » del diritto anomalo⁽⁵⁴⁾ e la cruciale importanza della dicotomia ai fini della corretta applicazione della legge; si rimarca tanto il divieto di ‘estrazione’ dal bacino del « giure singolare » degli « argomenti di analogia impiegati dall’interpretazione di una legge », dal momento che « l’interpretazione per via di analogia riposa sopra la concatenazione intrinseca e necessaria del diritto »⁽⁵⁵⁾, quanto l’impossibilità per il gius singolare di « esercitare

ciale e individuale ». Se il primo è soggetto ad « illimitata applicazione », per il fatto di essere conforme « ai principii generali di diritto o alla logica giuridica », il diritto « singolare consta delle regole che per motivi particolari di utilità politica od economica, derogano ai principii generali di diritto per certe categorie di persone o di cause [...] perciò non è suscettivo di essere esteso nella sua applicazione ». Nello stesso senso anche G. BUNIVA, *Enciclopedia del diritto, ossia introduzione generale alla scienza del diritto*, Torino, Paravia, 1853, p. 55 e guardando più avanti R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale. Diritto delle persone* (1912), Messina Milano, Casa editrice Giuseppe principato, 1934⁷, pp. 48-57. Il più delle volte, però, come abbiamo detto, la categoria del diritto speciale non figura affatto tra le partizioni manualistiche nelle quali può suddividersi il diritto obbiettivo. Si legga ad esempio Vegni, nel cui compendio figurano tutte le possibili *distinctiones*, tranne appunto quella del diritto speciale: 1) divino e umano; 2) naturale o filosofico e positivo; 3) pubblico e privato; 4) civile ed ecclesiastico; 5) comune e singolare; 6) generale e particolare; 7) personale, reale e misto; 8) scritto e non scritto. Cfr. G. VEGNI, *Compendio del corso d'introduzione generale alle scienze giuridiche e politico-amministrative e di storia del diritto*, Siena, Moschini, 1865, p. 15. Oltre ai già citati, accolgono la dicotomia *commune/singulare* senza fare alcun riferimento al diritto speciale, ad esempio, BORSARI, *Commentario*, cit., pp. 68-9; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Torino, Vercellino, 1872; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, UTE, 1876, p. 27; G. VIGNALI, *Commentario del Codice civile italiano*, Napoli, Stabilimento tipografico Prete, 1878, p. 54 e P. MELUCCI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Tommaso Pironti editore, 1905, p. 37.

⁽⁵⁴⁾ BORSARI, *Commentario*, cit., p. 68.

⁽⁵⁵⁾ FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico*, cit., p. 28.

influenza [...] sulla legge comune»⁽⁵⁶⁾. Certo, cercheremmo invano alati programmi di teoria generale nel quadro di un discorso che, per il canone metodologico adottato, è costretto alla pedissequa lettura del testo legislativo. Dobbiamo allora accontentarci di minime insorgenze testuali, affioramenti, che se per un verso testimoniano di un mondo tecnicamente perduto ma in qualche misura rimasto sul fondo retinico dell'esegeta italiano e fatto rivivere attraverso alcuni varchi normativi, quali ad esempio il testo dell'art. 4 delle preleggi (ma anche il commento all'art. 3 Disp. prel. avrebbe riservato le sue sorprese), per altro verso si connettono come tante tessere coerenti di un più ampio mosaico argomentativo a tenere in vita, pur in un sistema di fonti ormai formalmente unificato attorno al primato legislativo, quella differenza tra legge e provvedimento, tra diritto *positivo* e *meramente positivo*, che proprio la svolta codicistica aveva contribuito a sopprimere e che costituiva — come sappiamo — la grande preoccupazione teorica del *System* savigniano.

È di particolare interesse da questo punto di vista la testimonianza di Francesco Ricci⁽⁵⁷⁾. Da un lato, infatti, appartenendo (come del resto Borsari) a quella folta schiera di uomini di legge che «nascono in terre ancora tenacemente abbarbicate nella tradizione del diritto comune»⁽⁵⁸⁾ Ricci sembra il candidato ideale ad impersonare il travaglio generazionale della transizione verso la modernità. D'altra parte egli sembra dare l'impressione di aver superato senza troppa fatica i normali problemi di adattamento concettuale e metodologico ad un sistema a diritto codificato. Da qui una trattazione che si snoda coerentemente in aderenza ai capisaldi del positivismo giuridico: «Il potere legislativo è un potere eminentemente sovrano, in quanto ciò che ei vuole ha forza di obbligare tutti i cittadini»⁽⁵⁹⁾. Da qui la convinzione (peraltro minoritaria in questa fase⁽⁶⁰⁾) che l'ordinamento legislativo statale costitui-

⁽⁵⁶⁾ DEL VITTO, *Guida allo studio*, cit., p. 70.

⁽⁵⁷⁾ Su Ricci, vedi ora S. SOLIMANO, *Ricci, Francesco*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1680-1.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 491.

⁽⁵⁹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 20.

⁽⁶⁰⁾ Ci si consenta di nuovo il rinvio a SPINOSA, «*L'economia dei Codici moderni*», cit., p. 770 e ss.

sca ormai un complesso normativo impermeabile ad ogni altro influsso giuridico esterno: «Il diritto che governa uno Stato è costituito dal complesso delle sue leggi; or parlando il legislatore patrio di principii generali di diritto, di qual diritto può egli parlare, se non di quello che è il risultato della sua legislazione?»⁽⁶¹⁾.

Eppure anche in Ricci lo schema dualistico ritorna e lo fa attraverso il canale testuale dell'art. 4, interpretato come il «cànone principale o fondamentale per la retta interpretazione delle leggi»⁽⁶²⁾. Ricci accede dunque al nostro tema attraverso la via del problema ermeneutico andando però a toccare direttamente il suo punto dolente, quello relativo alla dinamica applicativa concreta del sistema legislativo. «Tutte le leggi — afferma il Ricci — hanno per fondamento o il principio supremo di ragione e giustizia o quello di utilità; quelle fondate sul principio di giustizia costituiscono *gius comune* ed ammettono interpretazione estensiva; quelle fondate sul principio di utilità costituiscono *gius singolare* e non ammettono interpretazione estensiva, ma restrittiva»⁽⁶³⁾. Come per Savigny, anche in Ricci la distinzione non attiene alla differente ampiezza degli effetti normativi, ma a ragioni più profonde: «La disposizione di legge, sia pur generale, non può per questo costituire regola o *gius comune* quando non è fondata sui principii di ragione»⁽⁶⁴⁾. Non basta presentarsi sottoforma di norma generale e astratta per poter accedere al regno del diritto 'comune'. Il dualismo poggia nuovamente sulla distanza che può essere rinvenuta tra una disposizione «fondata sugli eterni principii di giustizia» che come tale «non è creazione del legislatore, ma omaggio che questi rende ai principii stessi [...]» e quindi suscettibile di essere sviluppata «in tutte le sue conseguenze», ed un diritto ritenuto 'anormale' perché riconoscibile a tutti gli effetti come «creazione vera del legislatore» e per questo motivo non estensibile a casi diversi da quelli espressamente contemplati. Infatti, «se il legislatore ha creduto in un caso provvedere con un *gius anormale* o

⁽⁶¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 26.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 28.

eccezionale all'interesse sociale, ed ha taciuto a riguardo di altro caso, a riguardo del quale pur militano le stesse ragioni del primo, non può l'interprete supplire esso, estendendo al caso omesso la disposizione eccezionale»⁽⁶⁵⁾.

Certo, il richiamo alla tradizione giuridica italiana, pur frequente nelle sue pagine, sembra giocato da Ricci più in chiave giusnaturalistica che per esaltare il nesso di continuità storica tra presente e passato. L'abbraccio mortale 'classico' tra naturalismo e positivismo giuridico si stempera tuttavia in una rappresentazione ancora tenacemente dualistica dell'ordine giuridico, dinanzi alla quale anche la compatta immagine illuministica di un interprete cui «non è dato mostrarsi più sapiente del legislatore»⁽⁶⁶⁾ finisce per complicarsi. Anzi, nello stesso tempo in cui sottrae ad ogni limitazione ermeneutica una fetta di giuridicità, quella e soltanto quella che la scienza ritiene appartenere al regno intangibile dei principî di giustizia (il *gius commune*), riservando ogni restrizione al diritto singolare, la distinzione rovescia il senso originario del messaggio illuministico (ric conducendoci con un salto carpiato verso la dottrina savigniana). Allora a guardar meglio non è tanto (non solo) il potenziale arbitrio dell'interprete che va tenuto sotto controllo, quanto piuttosto ancora una volta il potenziale distruttivo della discrezionalità politica, il *gius anormale*, quella produzione legislativa a base utilitaristica che lanciata a briglie sciolte rischierebbe di distruggere l'unità e la coerenza dei principî del diritto comune civilistico.

Un punto di vista analogo è quello formulato da Guido Capítani nella lunga voce «Analogia» che egli affida alle pagine del *Digesto italiano*. Si tratta di un testo di particolare interesse soprattutto in ragione del *medium* utilizzato. Capítani infatti scrivendo sul Digesto parla da una tribuna particolarmente visibile ed istituzionale, pensata per rappresentare la scienza 'normale' e non già per avanzare proposte temerarie di rottura epistemologica. E pertanto è oltremodo significativo che uno snodo centrale del suo ragionamento passi di nuovo per la nostra dicotomia. Per Capítani

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 23.

la distinzione tra *commune* e *singulare* definisce una «costante» ineliminabile dell'ordinamento legislativo che dipende — savignianamente — dal «diverso processo logico seguito dal legislatore nell'introdurre le sue disposizioni»⁽⁶⁷⁾. Il legislatore infatti,

o *deduce* la norma legislativa dal complesso dei principii giuridici ammessi universalmente in un dato momento, corrispondenti ai bisogni di tutta la umana famiglia, intesi a procurare il bene degli uomini considerati come individui, a dare a ciascuno ciò che gli spetta, considerandolo come perfettamente eguale agli altri uomini; e per tal modo si fonda sul principio di eguaglianza (*aequitas*) e sulla ragione e asseconda così la logica del diritto. Oppure egli *determina* tale norma secondo le particolari condizioni e le speciali convenienze, in relazione al bene degli uomini non come individui, ma come congregati, e rimontando in certa guisa contro la logica ordinaria, introduce talora deroghe ed eccezioni ai principii generali precedentemente stabiliti e così altera l'uguaglianza che informa i principii di equità. Nel primo caso si ha il *jus commune*, fondato su un processo logico di deduzione, capace come tale di essere spinto a tutte le logiche conseguenze, sino ad estendere il suo principio informatore, la *juris ratio*, ad altri negozi giuridici non contemplati dal legislatore. Nell'altro caso invece, di fronte ad un *jus singulare*, il principio introdotto dal legislatore in via di eccezione [...] ⁽⁶⁸⁾.

Si respira indubbiamente un'aria di famiglia nelle pagine di Capitani. Può riferirsi senz'altro alla lezione savigniana l'idea che il senso ultimo della distinzione risieda nel differente grado di autonomia che una norma giuridica possieda rispetto alla manifestazione di volontà politica del legislatore, piuttosto che nella diversa latitudine del suo ambito di applicazione. Allo stesso tempo si tratta nuovamente di un Savigny trasfigurato (attraverso la solita fusione eclettica, in salsa vichiana, di motivi giusrazionalistici e storicistici): il 'dato' a cui deve essere ancorata l'opera del legislatore, più che affondare le sue radici nella storia tende adesso a galleggiare nell'empireo delle verità universali della ragione. Trova tuttavia conferma il significato 'costituzionale' dell'operazione: ciò che spaventa in entrambi i casi è il legislatore che si fa autonomo interprete e mediatore di interessi, il legislatore che persegue specifici obiettivi ridistribuiti alla luce di convenienze e utilità autonomamente selezionate. Ed è questo tipo di intervento legislativo che va

⁽⁶⁷⁾ Cfr. CAPITANI, *Analogia*, cit., p. 178.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

arginato infliggendogli la ‘pena’ della interpretazione restrittiva. Una punizione che viceversa non sfiora neppure lontanamente la norma legislativa ‘comune’ la quale al contrario deve essere lasciata libera di esplicare indefinitamente tutte le sue potenzialità, informando alla propria *ratio* lo sviluppo progressivo del sistema legislativo.

Quel che più conta, però, è il fatto che in Capitani venga ufficialmente allo scoperto la matrice individualistico-kantiana sottesa alla teorica dello *ius singulare*, svelandone le soggiacenti implicazioni politiche e sociali. Singolare è il diritto relativo ai «congregati», il diritto che assume il punto di vista non già dell’individuo, ma del gruppo, dell’interesse collettivo, del soggetto colto nella sua dimensione relazionale e sociale. Un diritto che allarma perché corrompe il principio di eguaglianza formale tra i soggetti, perché rinunciando alla prospettiva ‘imparziale’ del diritto individuale, tende a sposare la logica ‘partigiana’ delle aggregazioni sociali. Si tratta, in fin dei conti, della stessa matrice entro cui si iscriveva il conservatorismo savigniano⁽⁶⁹⁾, ma tendente ora ad assumere una differente colorazione politica. Se infatti nella Germania di Savigny l’individualismo e il formalismo kantiano potevano rivelarsi solidali con l’affermazione sociale della nuova classe borghese contro il vecchio mondo aristocratico, caricandosi dunque di una valenza ‘progressista’ (molto probabilmente estranea alle stesse intenzioni di Savigny⁽⁷⁰⁾), al tempo in cui Capitani scrive, con le rivendicazioni operaie alle porte e lo scoppio ormai conclamato della questione sociale, la stessa impronta individualistica, formalistica e borghese non può che assumere viceversa un connotato ‘conservatore’, di difesa dello *status quo*, contribuendo a sorreggere il modello di integrazione giuridica liberale da ogni pericolosa contaminazione di stampo sociale.

Ed è proprio muovendo dall’eterna contrapposizione tra principio individuale e sociale, in quello che può considerarsi per il momento il tentativo più compiuto di costruzione di una dottrina

⁽⁶⁹⁾ Cfr. al riguardo P. CARONI, *La cifra codificatoria nell’opera di Savigny*, in «Quaderni fiorentini», 9 (1980), pp. 69-111.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 111.

generale dell'interpretazione del diritto codificato, che Matteo Pescatore indica nella dialettica tra *ius commune* e *singulare* la piattaforma fondamentale di un possibile punto di equilibrio teorico⁽⁷¹⁾.

Che si parta dall'alto delle speculazioni filosofiche sul diritto, oppure dal basso dei «risultamenti dell'ordine pratico» un dato assolutamente incontrovertibile si impone ad ogni osservatore: la vita del diritto, l'intera sua storia, non è altro che la storia della «perpetua lotta» tra due principî rivali, l'individuale ed il sociale, ciascuno dei quali in grado di annichilire l'altro, ma al tempo stesso incapace dell'altro di fare a meno. Se infatti l'individuo dice alla società: «tu sei creata per me, e perché io possa adempiere col tuo soccorso il mio fine supremo», la società può ben rispondergli, con pari ragione, «tu sei nato per me e perché l'umanità imperitura che io rappresento possa compiere con l'opera dell'individui la sua suprema missione»⁽⁷²⁾. Come riuscire a conciliare, dunque, due grandezze oggettive — individuo e società — che lungi dal poter essere espunte alla luce di filosofie parziali si pongono costantemente quali principî d'ordine opposti e complementari? Dove collocare il punto di equilibrio?

È dunque partendo da queste premesse di carattere filosofico che Pescatore ritiene di aver trovato nella dottrina del *jus singulare*

(71) Assoldato d'ufficio da una storiografia risalente alla compagine di quei vecchi epigoni del giusrazionalismo settecentesco che si sarebbero poi convertiti in massa al positivismo giuridico dei Codici, nei quali avrebbero salutato il «trionfo della ragione giuridica naturale» (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, Laterza, p. 20), Pescatore è stato giustamente riscoperto come figura più complessa e interessante rispetto a quella tramandata. Di lui, cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, UTET, 1863 e ID., *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino, Fratelli Bocca, 1874. Su di lui cfr. A. TOZZI, *Il pensiero di Matteo Pescatore*, Pisa, Industrie grafiche Lischi, 1953; G. RODDI, *Matteo Pescatore, giurista (1810-1879): la vita e l'opera*, Torino, Centro studi piemontesi, 1986. Altre notizie in C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, Torino, Roux e Favale, 1881, pp. 477-478; G. SOLARI, *La vita e il pensiero giuridico di Giuseppe Carle*, in «Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino», serie II, LXVI (anno 1926-1927), p. 13; L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 286 e, da ultimo, C. BESSO, *Pescatore, Matteo*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1552-4. Ci siamo soffermati su Pescatore in SPINOSA, «*Civili in diversissimo modo*», cit., pp. 230-6.

(72) Cfr. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 19.

la giusta soluzione al dilemma. L'antagonismo tra principio individuale e sociale si rispecchia infatti in un dualismo altrettanto irriducibile che percorre ogni sistema legislativo, quello tra il principio di giustizia e il principio di utilità. Giustizia e utilità: tutti i precetti legislativi si connettono variamente a questi due poli magnetici allo stesso modo in cui possono ricondursi ai due principî d'ordine individuale e sociale. Il perché è presto detto: giustizia è un « principio assoluto » il cui valore « non dipende da un fine che l'uomo proponga: quel che è giusto è per sé senza riguardo ad altro fine esteriore ». Al contrario l'utilità « è il *rapporto dei mezzi col fine*; epperò [...] è un concetto essenzialmente relativo ad un fine prestabilito »⁽⁷³⁾. Il campo dell'ordinamento legislativo si troverà così diviso tra precetti che « portano seco la ragione assoluta della loro sussistenza », indipendentemente da « qualunque determinata condizione sociale, da qualunque fine esteriore » perché si fanno subito riconoscere come espressioni del « principio assoluto di giustizia » ed altri che per contro « non portano seco loro la ragione assoluta della propria sussistenza, ma che tendono al conseguimento d'un fine sociale, e tanto valgono quanto la necessità di raggiungere il fine che il legislatore si propone »⁽⁷⁴⁾.

In questo ambiente ontologicamente bipolare, dove ad un estremo stanno le leggi civili (di giustizia assoluta individuale) che si sono riversate per lo più nel Codice⁽⁷⁵⁾ e all'estremo opposto le leggi di pubblica sicurezza (di utilità relativa sociale), a fissare il criterio del loro equilibrio dinamico interviene appunto per Pescatore la dicotomia diritto comune/diritto singolare. In primo luogo la dicotomia non fa che completare e in un certo senso raddoppiare tutte le precedenti. *Commune* sarà allora da definizione il diritto civile codicistico quale serbatoio di quei principî di giustizia che « possono bensì essere riconosciuti, accertati in formole, scien-

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 30 e ss.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, p. 31.

⁽⁷⁵⁾ « Queste verità primitive ed assolute, applicandosi logicamente agli obbetti e casi svariati della vita civile (dominii, diritti reali, servitù, convenzioni, vendite, locazioni, società, ecc.) generano altrettanti principî della cui formale sono pieni i codici delle legislazioni civili il cui complesso costituisce il diritto assoluto [...] ». Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, cit., p. 496.

tificamente ordinati dai legislatori delle società civili, ma non sono punto creati da essi, né abbisognano delle loro autorità»⁽⁷⁶⁾. E in modo speculare e rovesciato *singulare* diverrà il diritto che: *a*) fondato su ragioni di convenienza e utilità sociale, *b*) derogando ai principi di giustizia (individuale), *c*) «ripete tutta la sua esistenza dall'autorità, dal sovrano volere del legislatore»⁽⁷⁷⁾. Ma soprattutto, in secondo luogo, essa determina il criterio fondamentale in base al quale i due poli possono restare dinamicamente in equilibrio. Intanto vale la regola che vieta ogni espansione logica e analogica del diritto singolare. Divieto che si applica, ancora una volta, non in ragione del carattere eccezionale delle norme singolari, ma perché — savignianamente — figlie di un diritto minore, «anormale»⁽⁷⁸⁾, scrive Pescatore, «affatto positivo»⁽⁷⁹⁾, che se è potere del legislatore introdurre in deroga ad un principio di giustizia civile, di certo non è in potere del giudice estendere oltre i casi espressamente previsti⁽⁸⁰⁾. In seconda battuta il principio di *jus commune* dovrà «essere mantenuto finché la deroga non è pienamente provata»⁽⁸¹⁾. Non basta la semplice probabilità della deroga per silenziare un principio di giustizia civile: «a certezza si contrappone certezza»⁽⁸²⁾. Se dal lato dei principî del Codice ci-

(76) Ivi, p. 496. Altrove scrive: «Il legislatore può ben raccogliere questi principii, dedurne i corollari, e comporne un Codice [...]; ma propriamente quei principii non hanno per fondamento immediato che l'intuizione della loro verità, che sussiste da sé in modo assoluto, indipendente da considerazioni di convenienza e da qualunque dichiarazione legislativa, a cui la verità preesiste». Cfr. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 39.

(77) Ivi, p. 40.

(78) Ivi, p. 57.

(79) Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, cit., p. 286.

(80) Nelle materie di *jus singulare*, scrive Pescatore, «la questione è sempre di apprezzamento: ora solo il legislatore è competente a derogare ai principi di ragion giuridica naturale per considerazioni di convenienza che egli sovraneamente apprezza: il giudice usurperebbe *auctoritatem constituentium*, dalla qual sola può ricever vita il *jus singulare*, se passando da caso a caso si facesse arbitrario estimatore di convenienze, supposte analoghe, ma che il legislatore non ha estimate, e pretendesse il declinare dai principii di ragione in un caso in cui il legislatore non vi ha derogato». PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 57.

(81) Ivi, p. 44.

(82) Ivi, p. 57.

vile vige infatti una sorta di «certezza primitiva ed universale», è evidente che l'onere della prova per la loro eventuale deroga sarà tutta dalla parte del diritto singolare/sociale. I due principi d'ordine non combattono ad armi pari. La battaglia è asimmetrica e va tutta a vantaggio del diritto comune codicistico contro ogni altro intervento legislativo che intenda minarne il primato. In caso di dubbio, tra *utilità sociale* e *giustizia individuale* sarà sempre quest'ultima a dover prevalere. Non attraversa neppure lontanamente il campo visivo di Pescatore l'eventualità che in un futuro neppure troppo lontano una legittima domanda di *giustizia sociale* sarebbe potuta intervenire a spezzare di nuovo l'equilibrio.

4. *Ibridazioni e complicazioni: la lunga crisi della dicotomia.*

È dunque entro un quadro a forti tinte savigniane che in ambiente postunitario viene a compiersi un pezzo importante del processo di costituzionalizzazione del Codice civile. Per quanto paradossale ciò possa apparire, a tale risultato si giunge attraverso una complessa strategia retorica che ha il suo principale punto di atterraggio teorico nella dialettica tra *ius commune* e *ius singulare*. Un dualismo sopravvissuto alla morsa legalistica ottocentesca che per il giurista postunitario trova il suo «momento di validità»⁽⁸³⁾ nella disposizione delle *Preleggi* che fissa il divieto di estensione analogica del diritto penale ed eccezionale. La norma in realtà non parla di diritto singolare, ma tant'è. È motivo sufficiente perché risulti confermata la convinzione che pur unificato sul piano delle fonti, l'ordinamento giuridico sia rimasto pur sempre diviso in due blocchi normativi tra loro antagonisti, di differente tipo e fattura. Il contrasto, di ascendenza savigniana, appunto, tra un diritto *commune* (positivo) perché espressione dei principi della tradizione (giurisprudenziale, romana, nazionale) che il legislatore si è limitato a riconoscere e un diritto *singolare, anomalo* (affatto positivo) non altrimenti riconducibile se non alla decisione utilitaristica del sovrano. Trasferito in ambiente codicistico — abbiamo visto — lo

⁽⁸³⁾ Per l'espressione, valevole in questo caso anche fuori del suo contesto naturale, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 160.

schema viene a fondare un processo di sovraordinazione⁽⁸⁴⁾ della disciplina codicistica rispetto alla rimanente legislazione che se da un lato tradisce platealmente il desiderio di sottrarre alla dinamica storica un assetto normativo chiaramente congeniale alla difesa di determinati interessi economici e sociali, dall'altro consente di fondare una strategia teorica di contrasto al protagonismo legislativo del tutto comparabile a quella orchestrata da Savigny e dalla Pandettistica.

Se questo è vero, siamo in grado allora di indicare con sufficiente approssimazione le linee di frattura del paradigma, i profili di complicazione e di ripensamento che progressivamente svuotano di contenuto teorico il concetto di *ius singulare*, nel lungo piano inclinato che attraverso la crisi di fine secolo ci riconduce idealmente al nostro punto di partenza. Linee che si intrecciano e sovrappongono in tutte le possibili combinazioni teoriche, ma che osservate dallo specchio retrovisore costituiscono nel loro insieme l'inequivocabile segnale d'autunno del mondo ottocentesco, la fine della illusione di poter rimandare *sine die* un confronto aperto e non pregiudiziale con la realtà sociale.

Il primo punto di distacco è forse quello meno percettibile, ma a conti fatti (come spesso succede) anche quello più importante. Come la caduta della prima tessera di un domino, si incrina il nesso tra singolarità e anomalia. Da un certo momento in avanti comincia cioè a vacillare la convinzione che il fattore discriminante decisivo tra diritto comune e diritto singolare sia la 'diversa origine' (*positiva* o *meramente positiva*) della norma giuridica, che in altre parole possa tracciarsi una linea di demarcazione teoricamente invalicabile tra *ratio* e *utilitas* quali centri generatori di norme giuridiche tra loro ontologicamente differenti. Allo stesso tempo, e simmetricamente, l'elemento che nello schema savigniano era del tutto secondario e accessorio — il carattere eccezionale dei suoi effetti — tende progressivamente a diventare il criterio principale della singolarità. Riconducibile ad un passaggio di testimone interno alla riflessione pandettistica, da Savigny a Windscheid, lo scarto si configura inizialmente come un attacco frontale al con-

⁽⁸⁴⁾ In questi termini UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., p. 211.

petto savigniano di ‘puro diritto’: «Ma che cosa è il puro campo giuridico? E tutto il diritto non si fonda appunto sul modo in cui un dato popolo concepisce ed attua giuridicamente la moralità e i bisogni del benessere pubblico e privato?»⁽⁸⁵⁾.

La mutazione genetica della dicotomia prende avvio qui, nel momento in cui, unificato tutto il diritto nel perseguimento del medesimo fine, ovverosia — per dirla con Windscheid — l’attuazione del bene pubblico e privato, si riduce l’abisso ontologico tra diritto regolare e anomalo, divenendo giocoforza identificare (e lentamente dissolvere) anche dal punto di vista terminologico la singolarità nel concetto di diritto eccezionale: «Regolare — allora — è quel diritto, che è conforme ai principii riconosciuti nel diritto; quando il diritto per speciali motivi, contraddice a questi principii, sorge il diritto eccezionale»⁽⁸⁶⁾.

Certo, l’ambiente è ancora dicotomico e dietro il dualismo di Windscheid agisce ancora con forza la convinzione savigniana di poter frapporre un argine teorico e scientifico al prepotere politico dell’azione legislativa⁽⁸⁷⁾. Ma la misura di contenimento è adesso meno salda di un tempo. Se il parametro di commisurazione dell’anomalia era la realtà oggettiva ‘positiva’ dell’istituto giuridico, adesso tutto tende a giocarsi all’interno di un giudizio di comparazione tra norme o plessi di norme giuridiche ‘poste’, indistinguibili sul piano ontologico le une dalle altre⁽⁸⁸⁾ e rispetto alle quali è

⁽⁸⁵⁾ Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (1862), I, Torino, UTET, 1886, § 29, p. 84, nota 1.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, § 29, p. 84.

⁽⁸⁷⁾ In una situazione segnata dalla prepotenza dei Codici e dei legislatori — sottolinea a ragione Fioravanti — «Savigny e la pandettistica tedesca lanciarono un’ancora di salvezza: accettare le novità ma non subirle; spiegarle sulla base di principii giuridici dati, contenerle per questa via nel quadro di un’evoluzione storica graduale ed unilineare, senza salti bruschi, senza velleitari tentativi di cancellare d’un colpo il peso dell’evoluzione storica». Cfr. M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., p. 46.

⁽⁸⁸⁾ «Nach seinen Gründen ist das *jus singulare* vom *jus commune* nicht verschieden, etwa so, daß jenes „auf dem reinen Rechtsgebiet“, dieses „auf einem fremdartigen Gebiet“ entspringe. Die Gründe sind hier und dort von derselben Art; dieselbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Kunst, Gemeinnützigkeit, die das einmal zur Regel führte, hat ein andermal deren Abbeugung verursacht. So dürfen *jus aequum* und

possibile soltanto (ma certo, non è poco) valutare la continuità o discontinuità con i principî giuridici del sistema. Del resto anche il concetto di legge si è nel frattempo asciugato: «Legge è la pronunzia emanata dallo Stato, che qualche cosa sarà diritto»⁽⁸⁹⁾. Per Savigny la legge viene *dopo* il diritto positivo; si aggiunge a questo come sua manifestazione o specificazione, come il dispiegamento di alcune sue potenzialità inesprese. Altrimenti è anomalia, è un qualcosa che si situa ai margini della giuridicità. Nelle *Pandette* di Windscheid i termini sono pressoché invertiti. La legge viene *prima* del diritto, determina di volta in volta cosa debba essere diritto. Il legislatore di Savigny si muove in uno spazio saturo di diritto positivo. Dietro il legislatore di Windscheid si intravede già quel grande ‘spazio giuridico vuoto’ (*rechtsleerer Raum*) che costituirà uno dei più intricati nodi teorici del primo Novecento.

Intendiamoci, lungi da noi l’idea di condensare in mezza pagina la storia della *Begriffsjurisprudenz*. Per questo rinviando volentieri ai classici⁽⁹⁰⁾. Quello che vogliamo dire è che alcune potenzialità teoriche al momento inoperative dell’impostazione di Windscheid — il quale vive del resto «alla luce degli ultimi raggi del tramonto del mondo spirituale di Kant e della cultura dell’epoca di Goethe»⁽⁹¹⁾ —, complice la fortuna crescente del metodo pandettistico sul continente avranno modo e tempo di dispiegarsi, finendo per deragliare il dibattito su binari sempre più distanti da quelli originari. In Italia, ad esempio, se Gianturco⁽⁹²⁾ e in parte

strictum (rigor), von denen jedes seine Regeln und Ausnahmen hatte, mit *jus commune* und *singulare* nicht verwechselt werden». Cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1873, p. 112.

⁽⁸⁹⁾ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., § 1, p. 47.

⁽⁹⁰⁾ Per citare i maggiori, W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano, Giuffrè, 1974; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1960; F. WIEAKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco, Milano, Giuffrè, 1980 e ID., *Diritto privato e società industriale* (1974), Napoli, ESI, 1983; CAPPELLINI, *Systema iuris*, cit.

⁽⁹¹⁾ Citato da LARENZ, *Storia del metodo*, cit., p. 32.

⁽⁹²⁾ Di regola — scrive Gianturco — la legge è uguale per tutti ed eguali disposizioni regolano uguali rapporti giuridici, senza riguardo alle persone né agli interessi privati (*ius commune*). «Tuttavia sul fondamento dell’utilitas, o della necessità

Chironi⁽⁹³⁾ sembrano ancora muoversi entro le coordinate tradizionali, per Coviello la dicotomia si è già contratta nella distinzione tra diritto comune e diritto eccezionale, sulla base del principio che «il diritto [sia] sostanzialmente *unico*, o che si guardi alla fonte da cui emana (l'autorità sociale), o lo scopo (regolamento de' rapporti della vita sociale), o si tenga conto dell'intimo e inscindibile legame che stringe gl'individui non solo alla società in genere ma anche allo Stato [...]»⁽⁹⁴⁾. Questo non cambia radicalmente le carte in tavola. Finché il sistema giuridico rimarrà saldo attorno al suo baricentro codicistico, finché sarà possibile rinserire il mutamento storico entro lo schema binario regola/eccezione, confinando nel campo del diritto eccezionale ogni prodotto normativo riconosciuto difforme dalla logica del diritto comune civilistico, lo schema regge. Il problema, al momento invisibile, ma che non tarderà a farsi vivo, è che è il concetto stesso di diritto 'comune' a diventare magmatico e difficile da circoscrivere. Come scrive Caldara, in una sorta di contraddittorio a distanza con Capitanì (considerato il fatto che sta parlando da una tribuna analoga), «che una determinata norma giuridica costituisca una deroga ad altra norma più generale è un fatto comune, il quale nulla può influire sulla natura della norma stessa. Anzi, da un certo punto di vista, tutto il sistema giuridico è costituito da una serie di norme

può il potere legislativo introdurre disposizioni contrarie alla ragione del diritto comune (*contra rationem iuris*) per soddisfare peculiari bisogni della religione, della scienza, dell'industria (*ius singulare*) o di singoli individui (*privilegium*)». Cfr. E. GIAN-TURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, Parte generale, vol. I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1894², p. 10.

⁽⁹³⁾ In Chironi la dicotomia è ancora tra diritto comune e singolare e rileva ai fini del divieto di interpretazione analogica, ma si presenta non già come distinzione generale, bensì interna al diritto privato. Cfr. G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, Fratelli Bocca, 1912², pp. 12-3.

⁽⁹⁴⁾ «Si dice di diritto comune in contrapposto ad eccezionale la norma basata sui principî generali del diritto, mentre si dice eccezionale quella che devia da' principî fondamentali, ossia contraddice alle conseguenze che da questi deriverebbero, perché si riferisce a rapporti della vita che s'allontanano dai normali. Non è esatto però dire che fondamento del diritto singolare sia l'utilità, perché questa è base di tutte le norme giuridiche». Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1910, pp. 17-8.

declinanti gradatamente dal generale al particolare. Tutte queste norme, dalla più generale contenuta nella carta costituzionale alla più speciale inserita in una leggina, partecipano ugualmente della natura del diritto comune»⁽⁹⁵⁾. In termini speculari a quelli fissati dalla dottrina postunitaria è il diritto comune adesso la categoria residuale: comune è il diritto «che non è penale, né fiscale, né eccezionale»⁽⁹⁶⁾.

Ricondotta l'anomalia all'eccezione e l'eccezione al diritto⁽⁹⁷⁾, nel quadro di un progressivo riconoscimento del diritto di produzione statale, si determinano le condizioni teoriche per un secondo profilo di commiato dal paradigma savigniano/postunitario: l'ammissibilità dell'interpretazione analogica del diritto singolare. Se il diritto comune partecipa del medesimo orizzonte di utilità entro cui si svolge tutta la dimensione giuridica, allora simmetricamente anche all'eccezione potranno essere riconosciute le sue 'ragioni'. Perché allora limitare l'impiego di uno strumento ermeneutico fondato sul presupposto del carattere razionale della norma giuridica se la singolarità non consiste più nell'irruzione del morbo politico, del germe dell'interesse utilitaristico, nel campo del giuridico, ma dev'essere intesa semplicemente come un centro normativo informato ad una nuova e diversa *ratio*?

Il passo si compie a ben vedere già con Windscheid. Non solo l'interpretazione estensiva in senso stretto — affermava l'autore delle *Pandette* — ma «si andrà ancor più oltre e si dovrà ammettere anche l'interpretazione estensiva in senso lato (analogia). Altrimenti questa verrebbe tutta posta in questione; poiché ogni nuova

⁽⁹⁵⁾ Cfr. E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VIII, parte II, 1913, p. 754.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 753.

⁽⁹⁷⁾ Ammessa l'identità strutturale tra regola ed eccezione, non sarà poi così paradossale affermare, con Rossi, che «non esistono eccezioni nel diritto. Esistono regole»; guardando le cose dalla giusta prospettiva, «casi concreti sfuggono ad una data regola, non perché vi facciano eccezione e rimangano a sé stanti, ma semplicemente perché ricadono sotto una regola diversa». Cfr. L. ROSSI, *Un criterio di logica giuridica: la regola e l'eccezione particolarmente nel diritto pubblico*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», Parte prima, 1935, p. 192. Su Rossi, cfr. F. LANCHESTER, *Rossi, Luigi*, in *DBGI*, II, 2013, pp. 1738-41.

norma giuridica, che apparisce, si presenta come diritto eccezionale di fronte alle regole di diritto vigenti. Il *SC. Velleianum* stabiliva per fermo *jus singulare*; e come è stato esteso!»⁽⁹⁸⁾. Più che su ragioni di logica aristotelica⁽⁹⁹⁾, tuttavia, l'apertura all'interpretazione analogica del diritto singolare/eccezionale da parte del giurista italiano di primo Novecento sembra fondarsi sul riconoscimento di un dato empirico, sulla constatazione del fatto che ormai le eccezioni al 'sistema' non fossero più interpretabili come un pulviscolo di materiale giuridico a carattere puntiforme, ma costituissero ormai dei conglomerati normativi dotati di una massa sufficiente a dar luogo a nuovi e articolati sistemi 'organici' di diritto. Ed è proprio in questa prospettiva che può trovare spazio l'affermazione che qualora «il diritto singolare formi un sistema organico di nome disciplinanti tutta una materia, ben può anche in esso farsi luogo all'interpretazione analogica per casi non contemplati da norme particolari, ma rientranti nella materia dominata da quel sistema»⁽¹⁰⁰⁾. Dove l'eccezione si arresta non risorge automaticamente il diritto regolare. La struttura complessa dei nuclei di diritto eccezionale posticipa l'intervento dei principî del diritto comune civilistico, lo rinvia al solo verificarsi della eventualità che gli spazi bianchi tra un'eccezione e l'altra non siano colmabili attraverso uno sviluppo analogico della stessa *ratio* d'eccezione.

Ci rendiamo conto di procedere di volo su dinamiche teoriche rispetto alle quali occorre rimandare a futuri approfondimenti.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., § 29, p. 84, nota 3.

⁽⁹⁹⁾ A favore dell'ammissibilità dell'interpretazione analogica del diritto singolare/eccezionale, nel quadro di una complessiva revisione teorica del principio di analogia nel campo del diritto si schiera anche Bobbio, concludendo con la richiesta di liquidazione dell'art. 4 delle preleggi, ritenuto tanto inutile quanto inopportuno. Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1938, p. 173.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 54-5. Nello stesso senso, per Coviello «anche le norme di diritto eccezionale, quando formano un sistema, sono capaci di applicazione analogica a' casi non contemplati che rientrano nella cerchia de' rapporti da esse regolati e perciò non possono essere retti da quelle di diritto generale, alla cui sfera sottratti. Ciò ch'è eccezione rispetto a una regola, è regola essa stessa per i rapporti che ne formano la materia». Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit. p. 19.

Nell'economia di una semplice segnalazione dei fronti di crisi, può forse essere sufficiente dire che è alla medesima presa d'atto che può essere ricondotta la terza importante strategia di evasione dalla roccaforte del paradigma ottocentesco: l'opzione *quantitativa*. Se la dottrina tradizionale aveva scommesso sull'esistenza di un fossato *qualitativo* a dividere la sfera della giuridicità comune da quella singolare, la riduzione della dicotomia al rapporto tra regola ed eccezione, nel quadro di un gioco orizzontale tra norme giuridiche aventi in sé la medesima struttura, rende lecita l'adozione di un diverso punto di vista in base al quale le due dimensioni non sono più distinguibili se non dal loro peso quantitativo⁽¹⁰¹⁾. Non si tratta di una proposta indolore. Si tratta al contrario dell'emersione a livello teorico-generale, non soltanto di una battaglia per l'autonomia che coinvolge quei settori disciplinari (come l'amministrativo ed il commerciale) la cui crescita ponderale risultava ormai incompatibile con la condizione di subalternità alla quale la dicotomia *commune/singolare* li aveva inchiodati, ma di una vera e propria insofferenza rispetto ad un diritto comune civilistico rimasto impermeabile ad ogni sollecitazione e trasformazione sociale. Da qui la proposta di chi, come Carnelutti, una delle voci più attente in questa fase a leggere i segni dei tempi, invita a disfarsi completamente della dicotomia se applicata ad un dialogo tra norme colte nella loro dimensione statica. Interpretata in prospettiva storica, con l'occhio rivolto quindi alla dinamica dell'ordinamento giuridico, l'alternanza di regola ed eccezione non solo appariva come il moto fisiologico che scandiva il ciclo vitale del diritto,

⁽¹⁰¹⁾ «La eccezione di fronte alla regola si determina come il meno di fronte al più. È dunque inevitabile che legge eccezionale sia quella che si applica nel minor numero di casi; legge generale quella che si applica nel numero maggiore. Basta enunciare queste proposizioni per misurare la irragionevolezza di qualunque precetto di interpretazione fondato sul carattere eccezionale o generale della legge. Perché allora il criterio primo della interpretazione si desume non dalla intima essenza giuridica della legge, ma dal fatto esteriore della ampiezza della sua applicazione. Il che racchiude in fondo un non senso o una petizione di principio». Cfr. F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni* (1904), in ID., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Volume primo, Roma, Athenaeum, 1913, p. 3. Sulla stessa linea ROMANO, *L'interpretazione*, cit.; A. ROCCO, *Intorno ai caratteri del diritto commerciale*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905.

ma finiva per assegnare proprio al diritto 'comune' la posizione di retroguardia:

il diritto si trova in un perenne movimento di evoluzione: la vita si trasforma e il diritto con lei: quel che oggi par la espressione ultima e perfetta di giustizia, si appalesa domani non più rispondente ai bisogni giuridici rinnovati per il rinnovarsi delle condizioni sociali. La regola che oggi appare inattaccabile, si apre domani ad una breve eccezione; e la breve eccezione si allarga, e poi a poco a poco i termini si invertono e la eccezione diventa la regola e la regola eccezione, e il vecchio diritto sparisce insensibilmente per dar posto al diritto che sorge. Questa è la vicenda incoercibile della vita! ⁽¹⁰²⁾.

Lo *ius commune* allora non si può più considerare la sede del 'vero diritto'. Se la norma «esteriormente eccezionale risponde all'intimo senso giuridico contemporaneo», allora il cd. diritto comune non farà altro che corrispondere alla «consacrazione legislativa di uno stadio di pensiero giuridico decadente, tramontato o sul punto di tramontare!» ⁽¹⁰³⁾. Limitare pertanto la capacità espansiva dell'eccezione avrebbe avuto tanto senso quanto quello di voler arrestare la naturale alternanza tra sistole e diastole del ritmo cardiaco ⁽¹⁰⁴⁾.

Ora, rispetto a questo nuovo punto teorico l'esplosione di normazione 'eccezionale' prodotta in occasione del primo conflitto mondiale si sarebbe rivelata un *test* particolarmente impegnativo. Di fronte a quella che è percepita dalla gran parte della scienza giuridica del tempo come un'aggressione senza precedenti all'autonomia e al primato del diritto civile codicistico, anche personaggi di spiccata sensibilità storicistica come Ferrara non avrebbero potuto fare a meno che ribadire, contro l'approccio 'statistico' di Carnelutti e compagni, l'immagine del diritto singolare come

⁽¹⁰²⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione*, cit., pp. 7-8. Da una prospettiva integralmente romanistica, la tesi della valenza puramente storica della nozione di *ius singulare* sarebbe stata ripresa efficacemente da Orestano, riducendo il nodo teorico ad un «problema di evoluzione del sistema giuridico». Cfr. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium*, cit., p. 41.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*. Un testo «di rara espressività storica» lo definisce Grossi. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 126.

⁽¹⁰⁴⁾ In altro contesto, l'immagine è adoperata da P. CAPPELLINI in *One Way System?*, in «Quaderni fiorentini», 25 (1996), pp. 515-22.

‘anormalità’, come «nota stridente», qualitativamente incomparabile alla regola comune, altrimenti «sarebbe lo stesso dire che se un melomane futurista componesse un’opera tutta a base di dissonanze, per cui la stonatura divenisse regola, ed a questa si sott’ordinassero delle stonature particolari, l’intera opera perciò sarebbe trasformata in musica classica»⁽¹⁰⁵⁾.

A dire il vero, però, il campo di tensione tra fissità e mutamento, tra progresso e tradizione, più che sul piano del diritto singolare/eccezionale aveva già trovato da tempo la sua ideale camera di compensazione teorica nella nozione di *diritto speciale*. È questa, a nostro avviso, l’ultima grande via d’uscita dal paradigma ottocentesco. La sua metamorfosi conservativa e al tempo stesso l’inizio della sua progressiva dissoluzione. Ossia la pensabilità di un *tertium genus* intermedio alla diaspora tra diritto comune e singolare quale contenitore concettuale delle norme non già contrarie o anomale rispetto alle comuni, ma più semplicemente «diverse»⁽¹⁰⁶⁾ e come tali non raggiunte dal divieto di interpretazione analogica. Un espediente ingegnoso per «eludere alle spalle» il divieto dell’art. 4 disp. prel. avrebbe scritto Bobbio⁽¹⁰⁷⁾, attraverso il quale tuttavia diviene possibile, allo stesso tempo, aprire con circospezione alla possibilità di uno sviluppo logico ‘organico’ dello *jus novum*, salvaguardando però l’assoluta centralità, anche disciplinare, dei principî ‘intangibili’ del diritto comune civilistico. Dalla fine degli anni Ottanta la categoria entra stabilmente nei *Manuali* e nei *Corsi* di diritto civile, in corrispondenza dell’incremento dei compiti sociali del nuovo Stato provvidenza⁽¹⁰⁸⁾. Nei censimenti di

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1921, p. 83 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. F. DEGNI, *L’interpretazione della legge. Con prefazione del prof. Biagio Brugi*, Napoli, Jovene, 1909, p. 21.

⁽¹⁰⁷⁾ BOBBIO, *L’analogia*, cit., p. 166.

⁽¹⁰⁸⁾ Tra i primi ad ammettere la nozione, con qualche incertezza teorica, è Francesco Saverio Bianchi: «Parlando di leggi speciali, si enuncia bensì un concetto di natura comparativo con altre leggi generali, le cui disposizioni potrebbero regolare anche le materie particolari sottoposte a quelle leggi speciali, qualora esse non esistessero; ma non per questo le dette leggi speciali apportano vere limitazioni al vigore ed all’applicabilità delle leggi generali, poiché il legislatore non sottrae ad esse casi particolari che vi sarebbero compresi, ma giudicando che determinate intere materie parti-

primo Novecento, si considerano ormai parte del diritto speciale (e quindi sottratti alla sfera della singolarità) ampie aree di nuova e vecchia legislazione: dal diritto commerciale alle leggi sul diritto d'autore, dalle leggi su foreste e miniere a tutta la nuova disciplina del lavoro ⁽¹⁰⁹⁾. Ad inizio degli anni Venti se ne può parlare come di una «specificazione, uno sviluppo, un complemento del diritto generale, come un rampollo vigoroso dal tronco» del diritto comune civilistico ⁽¹¹⁰⁾.

Certo, quale dispositivo teorico di mediazione del conflitto tra la realtà sociale e la sua rappresentazione codicistica, il concetto di diritto speciale riflette pur sempre un atteggiamento 'difensivo' solidale all'*imprinting* individualistico del diritto civile ottocentesco, confermandosi uno «strumento di sostegno dell'immutabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico» che avrebbe ritardato a lungo la ricerca di una «costituzione civilistica più ampia» ⁽¹¹¹⁾. In questo senso il concetto di diritto speciale riesce a prolungare gli effetti dello schema savigniano in un quadro normativo ormai impossibile da ricondurre ad una secca alternativa binaria. Allo stesso tempo, però, dal punto di vista strettamente normativo possiamo dire di essere già dentro quel processo di decodificazione del diritto che avrebbe contrassegnato una linea di tendenza del Novecento. Nel '29, la distinzione donatiana tra *legge* e *diritto* speciale registra già il fenomeno della formazione di nuovi autonomi sistemi legislativi, informati a «propri principî generali» tendenti ad abbracciare «in modo organico, ogni aspetto, *pubblico* e *privato*, del rapporto disciplinato» ⁽¹¹²⁾, in condizione di parità rispetto agli altri. Il diritto spe-

colari non possano essere convenientemente regolate colle norme del diritto comune, le soggetta invece a regole loro proprie, *non opposte alle generali, ma distinte da esse*. Perciò non può essere rigorosamente applicabile alle leggi speciali quel principio di strettissima interpretazione che vale per le leggi eccezionali». Cfr. F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano. Principii generali sulle leggi. Trattato*, Torino, UTET, 1888, p. 55.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 23 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 83.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali*, cit., pp. 78 e 157.

⁽¹¹²⁾ Cfr. B. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto. Parte prima di una introduzione alla scienza del diritto*, Padova, CEDAM, 1929, p. 224 e ss.

ziale «muore proprio nel momento del suo maggiore trionfo: quando i principî giuridici da esso elaborati entrano nell'ambito del diritto comune», avrebbe scritto qualche anno più tardi Ascarelli⁽¹¹³⁾. La ricerca di un nuovo centro di gravitazione dell'ordinamento era già cominciata.

⁽¹¹³⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, a cura di E. Albertario, Milano, Giuffrè, 1934, p. 457.