

FRANCESCO DI DONATO

LA "MACHINE A FAIRE LOIS" FUNZIONE  
GIURISDIZIONALE E FUNZIONE  
D'INDIRIZZO POLITICO NELLA  
PROSPETTIVA STORIOGRAFICA  
DI ADRIANO CAVANNA



*giuffrè editore - 2003*

---

*Estratto dal volume:*

**AMICITIAE PIGNUS**

Studi in ricordo di  
Adriano Cavanna

Tomo Primo

a cura di  
Antonio Padoa Schioppa  
Gigliola di Renzo Villata  
Gian Paolo Massetto

---



FRANCESCO DI DONATO

LA 'MACHINE A FAIRE LOIS'  
FUNZIONE GIURISDIZIONALE  
E FUNZIONE D'INDIRIZZO POLITICO  
NELLA PROSPETTIVA STORIOGRAFICA  
DI ADRIANO CAVANNA (\*)

SOMMARIO: 1. Tra antiche certezze e nuove crisi. — 2. Una storiografia alla ricerca dell'equilibrio tra i poteri. — 3. L'illuminismo tradito.

1. *Tra antiche certezze e nuove crisi.*

Due mi sembrano essere gli assi metodologici di fondo sui quali Adriano Cavanna ha costruito la sua proposta storiografica: la distinzione tra fatti storici e valori giuridici; e la reazione contro la tendenza dilagante — e da lui definita «mortificante» — alla politicizzazione partitica del giurista contemporaneo (1).

Il primo assunto era per lui il fondamentale compito del «mestiere di storico» (2). Dalla distinzione teoretica tra fatti e valori deriva il corollario consistente nel dovere di tenere ben separati, almeno nel metodo gnoseologico ed euristico, due differenti piani: quello della ricerca

---

(\*) Questo saggio è dedicato ad Anna Maria e Benedetta Cavanna. Ringrazio il dott. Damiano Iuliano che ne ha discusso in corso d'opera le linee generali, apportando poi in prima lettura notevoli miglioramenti al testo.

(1) A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. 1. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, p. 6.

(2) L'espressione è, com'è noto, divenuta un *topos* della formazione storiografica a partire dal celeberrimo classico di M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, «Cahier des Annales», Paris 1949, tr. it. a cura di G. ARNALDI, *Apologia della storia o mestiere di storico*, Torino 1969.

e dell'enunciazione dei dati storici e quello delle opinioni personali formatesi a seguito dell'elaborazione di quei dati. Questo metodo è ritenuto dagli studiosi che s'iscrivono nel filone interpretativo ispirato *lato sensu* al realismo il più idoneo alla comprensione dei complessi problemi sollevati dall'esperienza giuridica occidentale (3). Una chiara manifestazione di questa *forma mentis* si ha nel quadro che Cavanna ci ha lasciato della vicenda del diritto moderno in Europa. In quel pregevole studio di sintesi, che resta tutt'oggi un fondamentale strumento di formazione universitaria, il grande problema di fondo del diritto moderno e contemporaneo viene individuato — fin dalle primissime battute — nel rapporto tra diritto/giuristi e potere/politici. Lo snodo cruciale della vicenda europeo-occidentale nei secoli-chiave che segnano il passaggio dall'Età di mezzo al mondo contemporaneo è focalizzato sul processo che determina la trasformazione del diritto dal « regime pluralistico » delle fonti proprio del diritto comune, un sistema « fortemente caratterizzato in senso giurisprudenziale » (4), a un nuovo sistema, come quello del diritto codificato, il cui dichiarato fine essenziale era quello di assicurare unitarietà e legalità all'ordinamento giuridico. Scopo precipuo del nuovo diritto era di garantirne in modo più chiaro e trasparente la certezza intesa come sostanziale uniformità, eguaglianza, stabilità e ragionevole prevedibilità di trattamento nell'applicazione normativa (5). Il mito della certezza del diritto, quindi, si era compiuto nella codificazione (6). Il diritto codificato era visto come uno

---

(3) Si pensi per tutti all'impostazione metodologica della scuola di R. AJELLO, del quale si citano qui, solo a titolo indicativo, tre importanti saggi apparsi negli ultimi anni sulla rivista "Frontiera d'Europa": *Stato moderno e critica dell'ontologismo*, 2 (1995), pp. 5-36; *Egoità sociale - Alle origini del realismo critico e dello Stato moderno in Europa*, 2 (1996), pp. 5-150; *Tolleranza italiana: note sulle vicende storiche*, 2 (2000), pp. 5-48; e il manuale per gli studenti dei corsi di storia del diritto, *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici. I. Le radici medievali dell'attualità*, Napoli 1999.

(4) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 1. Su questo aspetto Cavanna si fondava soprattutto sulla prospettiva consolidata dall'importante studio di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.

(5) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., pp. 1 e 10.

(6) Sullo sforzo teoretico convergente nel momento cruciale della codificazione, intesa come « recente e sofferta creazione del moderno spirito giuridico europeo » (l'espressione è di CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 2) e sulle nuove problematiche aperte da essa, restano attuali gli studi di A.-J. ARNAUD, *Les origines doc-*

strumento di fondamentale importanza per legittimare il superamento dell'*ancien régime* e il passaggio a un nuovo, più giusto e soprattutto più certo ordine sociogiuridico (7).

Ma sotto questa legittimazione teorica che le nuove dottrine enunciavano, Cavanna scorgeva — con acutissima osservazione che lo portava ben di là dalla mera ricostruzione-assemblaggio dei dati storici — un'altra motivazione recondita. Nella realizzazione del codice egli non vedeva solo il compimento del lungo processo imperniato sull'idea della «statualizzazione del diritto» e il maggior risultato prodotto da una «politica del diritto» radicalmente nuova (8), ma anche — da un certo punto di vista, soprattutto — il tentativo da parte del potere politico di limitare l'ambito d'incidenza della tecnica interpretativa e creativa del giureconsulto. Era, insomma, un modo di eliminare alla radice la mediazione patriarcale dei giuristi fondata sugli *arcana juris* (9). Con la codificazione si compiva una duplice e contestuale operazione: per un verso si determinava una completa autonomizzazione della sfera politica dall'universo della tecnica giuridica; per un altro si relegava il ceto giuridico — di cui si cercava di comprimere fino al completo annullamento l'identità di *status* e la struttura corporativa — a una funzione di supporto tecnico incapace d'influire sul piano dei contenuti politici (10). Cavanna fu

---

*trinales du code civil français*, Paris 1969, tr. it. a cura di M. BONAVITA, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, Napoli in corso di stampa; cfr. anche ID., *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris 1975, tr. it. a cura di chi scrive e con prefazione di R. AJELLO, *Da giureconsulti a tecnocrati - Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, (collana «Storia e diritto», 33), Napoli 1993.

(7) Sugli sviluppi di quest'idea di codificazione nell'evolversi del pensiero cavaniano, cfr. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon*, in *Europa e diritto privato*, 1 (2001), poi ripubbl. in B. DURAND e L. MAYALI (a cura di), *Excerptiones iuris - Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley 2000.

(8) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., pp. 2-3.

(9) Sui concetti di *arcana juris* e di «mediazione patriarcale», il rinvio d'obbligo è a AJELLO, *Arcana juris - Diritto e politica nel Settecento italiano*; ID., *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, entrambi Napoli rispett. 1976 e 1986. Sia consentito anche segnalare, per l'esperienza francese, il mio recente saggio *La puissance cachée de la robe - L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in O. CAYLA, M.F. RENOUX-ZAGAMÉ (a cura di), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Atti del Congresso internazionale di Rouen, 26-27 mar. 1998, Paris 2001, pp. 89-116.

(10) Le implicazioni teoriche e politiche del passaggio al diritto codificato emer-

tra i primi storici del diritto a vedere e descrivere con esemplare chiarezza che «il sistema della codificazione», lungi dall'essere un semplice mezzo di razionalizzazione puramente tecnica della materia giuridica era invece un formidabile strumento politico indissolubilmente legato «ai fondamentali problemi del potere, della società e dello Stato» (11).

Sull'aspetto dell'autonomia della politica dallo "specifico giuridico", argomento cruciale nell'ottica di Cavanna, le pagine dello studioso, in genere di esemplare linearità, si fanno più tormentate e assumono una formulazione meno univoca. Si avverte come egli cerchi un'equilibrata soluzione in una strettoia dalla quale ogni possibile via d'uscita sia comunque resa difficile da un pedaggio troppo alto. La direzione intrapresa dall'esperienza europea dopo la Rivoluzione francese era decisa: occorreva ridurre l'impatto della tecnica giuridica, intesa come potere interpretativo-manipolativo delle norme, sul processo di decisione, soprattutto legislativa e amministrativa. La tecnica giuridica doveva insomma essere relegata a mera *ancilla* della politica e messa in condizione di non prevaricare il cammino e pregiudicarne gli obiettivi, invischiando la volontà decisionale in una selva di cavilli interpretativi. In tal modo veniva portato a compimento il processo inaugurato da Valla e Machiavelli e che, attraverso soprattutto Hobbes e Pufendorf, era sfociato nel positivismo illuministico e nell'esaltazione della legge come unica fonte giuridica affidabile, certa e trasparente dei diritti soggettivi (12). S'instaurava decisamente il primato della sfera politica nel governo dei processi sociali.

---

gono con chiarezza dal dibattito sviluppatosi in Germania nei primi anni dell'Ottocento tra i maggiori sostenitori delle opposte ragioni: cfr. A.F.J. THIBAUT, F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura e con penetrante introduzione di G. MARINI, Napoli 1999<sup>4</sup>.

(11) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 4.

(12) Sul punto, restano interessanti alcuni spunti che si possono cogliere nei volumi di G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, spec. pp. 4 e 108; e di M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, spec. pp. 27-8 e *passim*. Sulla realizzazione della soggettività giuridica unitaria, cfr. G. TARRELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976. Molte idee suggestive in merito emergono dalle ricerche di storici non provenienti da una specifica formazione giuridica: per tutti, cfr. R. KOSELLECK, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogene der Bürgerlichen Welt*, Freiburg-München 1959, tr. it. a cura di G. PANZIERI, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna 1972; e il recente E. TORTAROLO, *L'Illuminismo - Ragioni e dubbi della modernità*, Roma 1999, pp. 117-68.

Questa risoluta azione di scorporo della *jurisdictio* dalla «puissance politique» che vi era insita nel sistema di antico regime (13) era figlia della nuova concezione della legge come espressione della *volonté générale* e del conseguente divieto comminato ai giudici di «formulare regole generali» (14). A questo preciso programma faceva riferimento Robespierre quando affermò dinanzi all'Assemblea Nazionale che «il termine giurisprudenza» doveva «essere cancellato dal vocabolario di un popolo libero» (15). Espressione forte, che intendeva riferirsi all'arbitrio giurisdizionale e alla pretesa d'interferenza politica dei parlamenti in regime di monarchia assoluta, indicandoli come il male peggiore. Perciò «agli occhi dei rivoluzionari la funzione giudiziaria consisteva», unicamente e semplicemente, nel limitarsi a «risolvere le controversie applicando la legge» senza interpretarla (16). Proprio per controllare che la magistratura non debordasse con i consueti sotterfugi e cavilli interpretativi da questi stretti limiti di mera applicazione della legge fu creato *ad hoc* un nuovo organo giudiziario: la Corte di Cassazione (17). La funzione di questo supremo giudice era appunto quella di verificare la corretta applicazione di una legge da parte di un tribunale di merito comparando questa legge «ad uno *standard* che non è la volontà» propria, ma «la legge stessa». La concezione illuministico-rivoluzionaria che stava alla base di questa svolta riteneva quindi che una legge fosse munita di un significato che era conoscibile e comprensibile senz'alcuna necessità d'interpretazione: *in claris non fit interpretatio* e la legge era «chiara» per definizione (18).

---

(13) Su questo inscindibile legame, di derivazione medievale, tra *jurisdictio* e potere politico, resta fondamentale il denso lavoro di P. COSTA, *Jurisdictio - Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969. Spunti molto interessanti, sul medesimo argom., in M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto - Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'Età comunale*, Milano 1969. Per il processo moderno di emersione del potere statale incentrato sulla decisione politica, cfr. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris 1994, ora in tr. it. a cura di L. TULLIO e con «Introduzione» di P. PERLINGIERI, *La potenza dello Stato*, (collana «Il diritto e l'Europa»), Napoli 2002.

(14) Cfr. M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, «Ragion pratica», 6 (1996), pp. 65-75, la citaz. è a p. 66.

(15) *Ivi*, p. 68.

(16) *Ivi*, p. 69.

(17) *Ivi*, p. 71.

(18) *Ibidem*.

I giuristi venivano così tagliati completamente fuori dal procedimento decisionale politico e la loro funzione era limitata all'applicazione di una volontà formulata altrove e munita di una forza quasi auto-applicativa. L'istituto del *référé législatif* fu la diretta conseguenza di questa concezione. Quanto questa *fictio* fosse illusoria lo avrebbero dimostrato le vicende successive a partire dalla celebre legge del 1837 (solo trentatré anni dopo l'entrata in vigore del *code civil*!) che riconobbe alla Cassazione «il potere di decidere senza limiti dopo due cassazioni consecutive», riconoscendole in pratica un vero e proprio «potere normativo» (19).

Nel corso dei decenni seguenti si realizzò una «stupefacente evoluzione» che configura uno splendido caso di eterogenesi dei fini: la giurisprudenza divenne una fondamentale «fonte di diritto, grazie al gioco di istituzioni create proprio per evitarlo» (20).

Questo «effetto perverso» (21), per cui la giustizia dei politici, la politica dei giudici e il giustizialismo di una parte della pubblica opinione, fomentata e appoggiata dal circuito mediatico, sono entrate ormai in un corto circuito letale con danno evidente per tutti (22), fu proprio quanto preconizzava — temendone sovranamente i catastrofici ri-

(19) *Ivi*, p. 72. Sul punto cfr. anche ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati* cit., pp. 40-1, che curiosamente però interpreta la svolta del 1837 come una ghettizzazione dei giuristi con «la vittoria del principio di neutralità della funzione giudiziaria» e la conseguente «depoliticizzazione del giudice». Per l'evoluzione dei conflittuali rapporti tra potere giurisdizionale e potere politico, cfr. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris 1980<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1972), tr. it. a cura di S. ROMANO, *Storia della separazione dei poteri*, (collana «Il diritto e l'Europa»), Napoli in corso di stampa.

(20) TROPER, *La forza dei precedenti* cit., p. 74. Il potere giurisdizionale mantiene tutt'oggi soprattutto, ma non solo, attraverso le sentenze costituzionali, questa segreta vocazione a sconfinare nella funzione legislativa; sul punto, cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M. 1992, tr. it. a cura di L. CEPPA, *Giurisdizione e legislazione: ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale*, in *Id.*, *Fatti e norme - Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, pp. 285-340 (Habermas sviluppa qui la nota tesi di E. W. Böckenförde).

(21) TROPER, *La forza dei precedenti* cit., p. 74.

(22) AJELLO, *Per un'esperienza realistica del diritto*, «Presentazione» ad ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati* cit., pp. XVII-XXVIII; e la mia «Nota del curatore», *ivi*, pp. XXIX-XXXIV, spec. p. XXXIII.

sultati sulla vita di un Paese dalle fragili strutture antropologico-politiche e socio-istituzionali come l'Italia — Adriano Cavanna già alla fine degli anni '70, mentre componeva le pagine del suo manuale (23).

Non sembra ingiustificato intravedere in questo interesse per la comprensione delle cause profonde di questo cruciale fenomeno dell'esperienza giuridica e politica dello Stato occidentale una delle fondamentali matrici ideali dell'opera cavanniana. Scavando nella storia dei giuristi e della loro secolare dialettica con il potere politico, Cavanna ritiene che se da un lato quel controverso « rapporto si mostra tendenzialmente volto a risolversi in un naturale vincolo di subordinazione della tecnica giuridica alla volontà politica », tuttavia non si può negare che « per certi aspetti esso si rivela anche come legame di *reciproca* dipendenza fra questi due elementi » (24). In tal modo Cavanna temperava la sua linea originaria, tendenzialmente filo-codicistica, con il funzionalismo costruttivista post-moderno che assegna a ciascun potere un ambito di azione e ricerca un equilibrio negoziale tra i diversi 'campi' così concepiti.

## 2. *Una storiografia alla ricerca dell'equilibrio tra i poteri.*

Coerentemente a quest'impostazione di fondo, la soluzione della dialettica permanente, come elemento radicato e caratterizzante la vita giuspolitica degli Stati europei, tra potere legislativo-esecutivo e potere giurisdizionale, viene individuata nell'osservazione fenomenica di lungo periodo. Cavanna utilizza qui il noto strumento interpretativo braudeliano della *longue durée* per valutare nella sua giusta dimensione un coacervo di relazioni politico-istituzionali altrimenti inspiegabili o fuorvianti.

Osservato solo con riferimento ai suoi (per altro molteplici) momenti di crisi, il conflitto magistratura/politica risulta un *rebus* privo

---

(23) Lo stesso CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 6, rileva che vivendo « alla fine degli anni Settanta » sarebbe stato impossibile non vedere « quali crisi hanno contrassegnato in questo ultimo decennio la vita dell'Università » e quella dell'intero Paese « nel segno di una radicale contestazione del diritto e della legalità ».

(24) *Ivi*, p. 14.

di soluzione e in ogni caso un cancro per la vita democratica. Inserito, invece, nella prospettiva della lunga durata, quello stesso conflitto assume tutto un altro significato. La dialettica tra i due poteri viene trasferita su un piano che travalica «le singole contingenze storiche» e «le vicende personali dei giuristi». La portata del fenomeno è elevata all'osservazione del «vincolo che lega il ceto giuridico e il potere politico» considerati nella loro lunga e complessa vita evolutiva. Per Cavanna solo la sedimentazione temporale può, «con autorità *propria* e *propria* capacità di affermazione» lasciar trionfare «il potere del diritto per se stesso» (25). Questo «potere» non è altro, in realtà, che quell'«equilibrio» di giudizio e quella «giustizia» materiale che, stando a una recente lettura filosofico-politica, vengono riconosciuti come il *quid* che caratterizza una realtà socio-politica in cui si affermi «la democrazia deliberativa come forma giurisgenerativa di democrazia» (26).

A ben guardare non si tratta qui, allora, né dell'ingenua fiducia del giurista nell'invincibile 'potenza' della propria *Scientia*, né — ancor meno — dell'atteggiamento cinico del tecnico formalista del diritto caratterizzato dall'incrollabile convinzione della propria insostituibilità nel governo di sistemi altamente complessi come quelli degli Stati moderni e contemporanei. Quella di Cavanna è piuttosto la scempi irrisolta dell'intellettuale post-moderno che nel vorticoso incedere di processi turbinosi, determinati da «dinamiche socioeconomiche» sempre più aggressive, attraversati da mutamenti «rapidissimi», caratterizzati da un vertiginoso livello di «differenziazione pluralistica» (27) e sempre meno governabili da «un'unica Ragione giuridica» (28), cerca faticosamente di aprirsi una strada che porti, attraverso la comprensione di un passato posto «al servizio dei problemi dell'oggi» (29), all'equilibrio del giudizio e a una (quantomeno relativa) solidità della conoscenza.

---

(25) *Ibidem* (le sottolineature di questa e della nota preced. sono nel testo originale).

(26) A. FERRARA, *Giustizia e giudizio - Ascesa e prospettive del modello giudiziaria nella filosofia politica contemporanea*, Roma-Bari 2000, pp. 216-21.

(27) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 4.

(28) Cfr. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati* cit., pp. 277-8.

(29) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 6.

Proprio in questo sotterraneo legame tra passato e presente, in questo vincolo carsico, pronto a riaffiorare nelle faglie aperte dai fatti in cui si concreta l'esperienza politica e istituzionale, è da situarsi l'interesse più autentico di Cavanna per la storia giuridica e la sua decisa opzione euristica per lo studio del diritto moderno e dei problemi politici, filosofici, economici che da esso prendono vita, costituendone nel contempo i fondamenti e le spinte innovatrici. Così si spiega e assume tutto il suo reale significato nell'economia complessiva del discorso cavanniano la definizione del diritto impiantata su una concezione empiristica della «scienza giuridica» il cui «oggetto» di studio «non può che essere l'esperienza, cioè la vita del diritto nella sua complessiva realtà storica», e il cui compito primario «consiste nel concettualizzare i dati non altrimenti ricavati che dalla realtà storica» (30).

In tal senso Cavanna, pur rifiutando lo storicismo di matrice idealistica — lo si vede nella contestazione della diffusa tendenza tra i giuristi positivi a considerare la storia del diritto come una «materia culturale», con l'implicita sottolineatura sottilmente spregiativa che questa definizione comporta nel lessico di un giurista d'impianto tradizionale (31) —, approda da altro percorso a un'analoga difesa della storia considerata l'unica disciplina in grado di formare e sviluppare nei giovani aspiranti giuristi (e, naturalmente, non solo in loro) «la coscienza che, se l'involucro formale degli schemi giuridici tende a perpetuarsi immutato nel tempo nel segno della certezza, [...] esso racchiude invece un contenuto reale che varia di continuo» (32). Così resta «indiscutibile che conoscenza della storia giuridica e senso storico del diritto», ossia quello strumento che consente al giurista di orientarsi nel *mare magnum* di un'esperienza caotica, ingovernabile, incomprensibile, «sono di regola fra loro collegati attraverso un rapporto culturale di causa ed effetto» (33). Per Cavanna, allora, la funzione dello studio storico è eminentemente critica: «La storia, insomma, smitizza il diritto [...] come possibile oggetto di culto positivistico» e contribuisce in tal modo a svalutare «l'incombenza dei suoi apparati dogma-

---

(30) *Ivi*, p. 10.

(31) *Ivi*, p. 7.

(32) *Ivi*, p. 8.

(33) *Ivi*, p. 9.

tici» (34). Qui, per quanto possa apparire paradossale nell'universo concettuale di un autore che dichiara pur sempre che l'opera del giurista di per sé «produce e deve produrre quel formalismo (e conservatorismo) che gli è indispensabile per cogliere la continuità, l'ordine e la stabilità laddove non sembra esservi che il transitorio e il diverso» (35), la prospettiva di Cavanna si avvicina — più di quanto non sembri a prima vista — a quella degli autori meno 'ortodossi' e più corrosivi della storiografia giuridica europea (36).

Da questo punto di vista, si spiega perfettamente come di fronte all'oggettivo progresso realizzato con il passaggio dal pluralismo dispersivo delle fonti giuridiche nel vecchio sistema del diritto comune al nuovo regime giuridico a diritto codificato, Cavanna prenda una decisa posizione a difesa del positivismo giuridico «contro ogni velleitario isterismo distruttivo» (37). Certo quello difeso da Cavanna è un positivismo critico, opportunamente 'corretto' da una buona dose di storicismo e di empirismo fenomenologico. Non è mai l'esaltazione acritica e passiva del mero dato normativo. Non va sottovalutato, al riguardo, che lo storicismo cavanniano è percorso da una venatura realistica ed è lontanissimo dal configurarsi come una semplice variante storico-giuridica del «positivismo idealistico» egemone nella cultura italiana tra Otto e Novecento (38). Cavanna non osserva mai solo il piano del diritto e delle

---

(34) *Ivi*, p. 10.

(35) *Ivi*, pp. 7-8.

(36) Si pensi solo agli studi di P. LEGENDRE, di cui, per brevità, non si citano qui che le due opere classiche *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris 1974, tr. it. a cura di E. CAETANI et al., *Gli scomunicanti - Saggio sull'ordine dogmatico*, Venezia 1976; e *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris 1976, tr. it. a cura di M. BORDONALI et al., *Godere del potere - Trattato sulla burocrazia patriota*, Venezia 1977; e da ultimo *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris 1999. Molte affinità con la prospettiva storiografica cavanniana si riscontrano anche nel denso e approfondito «entretien» di Legendre con A. COLLOVALD e B. FRANÇOIS, *Qui dit légiste, dit loi et pouvoir*, in *Politix*, 32 (1995) numero monografico intitolato *Le pouvoir des légistes*, pp. 23-44.

(37) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 4.

(38) Cfr. L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in C. STAJANO (a cura di), *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari 1996, pp. 559-97, spec. p. 574, che partendo da una troppo rigida (e tradizionale) opposizione logico-concettuale tra «positivismo» e «idealismo», considera «scarsissima l'influenza della filosofia idealistica, in particolare di Croce» sulla cultura giuridica italiana e sulle facoltà universitarie di giurisprudenza

norme. Non si limita a descrivere e a ricostruire la vita degli istituti intendendola come fenomeno endogiuridico. Nelle sue pagine è sempre presente la preoccupazione di collegare il diritto agli sviluppi socioculturali e ai mutamenti politici che caratterizzano un dato contesto storico.

Di conseguenza, per lui la positivizzazione del diritto che si compie nella codificazione, con tutti i suoi limiti, né privi di conseguenze negative sulla vita giuridica né sottovalutabili sotto il profilo della funzione e della dignità professionale dei giuristi, resta pur sempre «la più grande rivoluzione dell'ordine giuridico di cui la civiltà occidentale abbia fatto esperienza» (39). L'onestà intellettuale che caratterizza con rigore la sua scelta metodologica di fondo, attestata sull'avalutatività weberiana (40), porta naturalmente Cavanna ad avvertire il lettore che la sua difesa del regime codicistico è una sua «personale convinzione». È un giudizio di valore, ben distinto sotto il profilo concettuale dai dati fenomenici osservabili, ancorché nella logica dell'autore derivato da essi attraverso la ricostruzione storiografica. Questa convinzione fonda tuttavia un compito maieutico di grande importanza nel discorso complessivo di Cavanna: proteggere «l'indifeso studente» e con lui «l'altrettanto indifesa opinione pubblica» da quanti «oggi cercano [...] di svalutare radicalmente l'intero complesso degli schemi codicistici e lagalistici e il fondamentale principio della certezza come valore etico-politico» (41). Sempre alla ricerca dell'equilibrio nel giudizio storiogra-

---

in particolare, largamente informate al paradigma dell'«organicismo positivista». Ma in tal modo si finisce col perdere di vista il legame profondo intessuto tra idealismo e positivismo che costituì, invece, a dispetto di ogni apparente incompatibilità, il tratto tipico della formazione giuridica italiana tra l'unità e la Repubblica. Su questo «idealpositivismo» e sul suo prevalere nella cultura filosofica, storica e giuridica italiana, cfr. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*; ID., *Il collasso di Astrea*, Napoli rispett. 1990 e 2002; molti spunti al riguardo, anche in ID., *L'esperienza critica* cit., pp. 49-118 («idealpositivismo e diritto»).

(39) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 13.

(40) Sull'influenza di questo fondamentale *habitus* del ricercatore contemporaneo nell'ambito delle scienze sociali — di cui, va ribadito, tanto la storiografia quanto le discipline giuridiche fanno parte a pieno titolo — mi sono intrattenuto nel mio recente saggio *Critica della ragione virtuosa - Roland Mousnier: la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, «Introduzione» a R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto - Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, (collana «Il diritto e l'Europa»), Napoli 2002, pp. XV-CXXXII (*ad indicem*, voce «avalutatività»).

(41) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 5.

fico, Cavanna non si nasconde, tuttavia, che sia altrettanto doveroso mostrare fino in fondo e «senza drammi, le velleità e le illusioni che a quel principio; pur irrinunciabile, si riconnettono, a cominciare dal 'mito' di una perfetta e automatica certezza formale» (42).

È evidente come in questa matura consapevolezza della naturale e irrimediabile imperfezione dei sistemi giuridici, Cavanna, non intenda affatto svalutare il decisivo passo avanti compiuto dall'approdo della codificazione né riproporre anacronistici salti all'indietro. Egli inserisce invece all'interno dell'organismo del diritto uno dei fondamentali capisaldi dell'epistemologia contemporanea, squassata dal relativismo einsteiniano e da quella formidabile dimostrazione matematica della fallacia insita in ogni sistema logico-formale che è il teorema di Gödel (43). Proprio per porre il diritto al riparo da questo grande momento di catarsi epistemologica, che Husserl chiamò la «crisi delle scienze europee» (44), si sarebbe eretta la costruzione kelseniana della «dottrina pura». In quegli stessi anni (gli anni Venti del XX secolo) un importante epistemologo austriaco dal 1949 emigrato in Canada iniziava a elaborare la sua *Teoria dei sistemi*, pubblicata poi all'inizio degli anni Cinquanta e destinata ad avere nei decenni successivi importanti sviluppi in un'ampio orizzonte di saperi (45).

(42) *Ibidem*.

(43) Sull'argomento, comprensibilmente ostico per il raffinato palato dei cultori di scienze umane, cfr. S.G. SHANKER (a cura di), *Gödel's Theorem in focus*, London, tr. it. a cura di P. PAGLI, *Il teorema di Gödel - Una messa a fuoco*, Padova 1991, spec. i saggi di J.W. DAWSON, *L'accoglienza dei teoremi d'incompletezza di Gödel* (ivi, pp. 93-118) e M.D. RESNIK, *Il significato filosofico delle dimostrazioni di coerenza* (ivi, pp. 143-61).

(44) Cfr. E. HUSSERL, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, The Hague 1959, tr. it. *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano 1987<sup>7</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1961).

(45) Cfr. L. von BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, tr. it. (sull'ed. inglese *General System Theory*, New York 1968) a cura di E. BELLONE, Milano 1983. Per la sfera politica, cfr. S. N. EISENSTADT, *The Political Systems of Empires*, New York 1967<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1963). Un elegante *excursus* sul tema delle sistematiche giuridiche in P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll., Milano 1984-1985. Secondo A. M. HESPAÑA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa 1997, tr. it. a cura di L. APA e L. SANTI, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999, p. 282, la teoria dei sistemi è diventata nel corso della seconda metà del Novecento «uno dei sostegni teorici più caratteristici del postmodernismo» giuridico, inteso come

La consapevolezza di Cavanna per questa dimensione critica del diritto, nella sua duplice dimensione di ordinamento normativo e di riflessione teorica su di esso, è filtrata da un atteggiamento intellettuale naturalmente prudente e tendenzialmente avverso ai mutamenti troppo rapidi e innovativi. La sua è la tipica attitudine psicologica di chi intende restare saldamente ancorato all'esperienza acquisita e che nel contempo si preoccupa di preservare le conquiste raggiunte di fronte alle nuove e sempre più ardue sfide — non solo — culturali del mondo postmoderno. Il suo intento è, dunque, di conservare non di liquidare quelle conquiste. Si spiega allora, come pur non essendo mai esplicito nelle pagine della *Storia del diritto moderno*, sempre preoccupate di offrire un linguaggio piano e agevolmente comprensibile ai lettori, soprattutto ai più giovani, questo aspetto della 'contaminazione' del diritto con il problematicismo contemporaneo sia presente come impostazione metodologica e come visione di fondo sottesa alla ricostruzione storiografica. Questa *arrière pensée* è metabolizzata all'interno del vasto orizzonte che la prospettiva storica è destinata, per sua specifica funzione, ad aprire agli studi giuridici, naturalmente impregnati di tecnicismo, ispirati a un non di rado pedissequo rigorismo logico-formale e spesso meramente recettivi di apparati concettuali dogmatici.

Nel corso del Novecento lo scetticismo problematico ha invece attraversato tutte le scienze sociali. Per Cavanna il compito precipuo del giurista contemporaneo deve essere prima di tutto una profonda presa di coscienza della relatività dei sistemi, della loro precarietà storica. In sostanza, il futuro giurista deve «prepararsi per tempo» a confrontarsi con il divenire problematico della storicità intesa come fondamento irrinunciabile dell'agire umano. Confrontandosi con questa dinamica del mutamento — che è l'esatto contrario dell'ontologia delle essenze universali — il giurista può diventare «un uomo libero». Infatti, solo la

---

un tentativo di limitare il «diritto statuale» (*ivi*, p. 279); gli autori di riferimento sono qui H. Maturana, F. Varela e soprattutto N. Luhmann. Hespánha interpreta, però, le correnti raggruppate — talvolta un po' troppo sinteticamente — sotto il termine di «postmodernismo» come una univoca «reazione contro le tendenze alla generalizzazione e alla razionalizzazione della «modernità», il che è decisamente discutibile. La teoria dei sistemi, infatti, se intesa con il necessario contemperamento gödeliano, non porta necessariamente a un superamento quanto, piuttosto, a un perfezionamento dei postulati originari del pensiero critico moderno.

riflessione sul mutamento storico «lo svincola dal pericolo di un passivo asservimento incondizionato a quelle categorie dogmatiche che tendono a mostrarglisi come eterno ed assoluto presente non suscettibile di trasformazione» (46).

Questa «trasformazione» non è mai per Cavanna, come avviene nello storicismo idealistico, una marcia necessaria e inarrestabile verso il progresso. Ma, nel contempo, ciò non significa neppure, nella sua ottica, rimettere in discussione i significativi risultati raggiunti attraverso l'esperienza, faticosa e produttiva, che si realizza in un ordinamento sociopolitico avanzato. La valutazione dei principi ideali che sorreggono le azioni politiche e che si cristallizzano in istituti e norme giuridiche dipende per Cavanna più dall'utilità sociale dei risultati concreti che da un oggettivo e astratto valore considerato *in re ipsa*. Si comprende così la sua reazione, perfettamente coerente e molto energica, contro il disastroso «impatto» che «sul piano della certezza e della stabilità dei principi hanno provocato l'inarrestabile, incoerente e politicizzata ipertrofia normativa» (47) cui ci sta sottoponendo il processo di erosione e diluizione della sovranità statale verso l'alto (nel progressivo e complesso processo d'integrazione degli ordinamenti giuridici nazionali con le fonti comunitarie e con i sistemi normativi degli organismi internazionali e sovranazionali cui gli Stati afferiscono) e verso il basso (con il trasferimento sempre più pronunciato di rilevanti funzioni politiche alle entità territoriali decentrate).

È innegabile che questo mutamento scompagini la tradizionale teoria della sovranità statuale (48); renda sempre più difficoltoso identificare il diritto con una precisa *voluntas legis*; e ridetermini un assetto «pluralistico» delle fonti giuridiche (49). Ma si tratta di un fenomeno

(46) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 9.

(47) *Ivi*, pp. 5-6.

(48) Sul tema, classico quant'altri mai, della «sovranità», cfr. ora gli importanti contributi dei due «Colloques» internazionali organizzati a Pisa e a Parigi rispettivamente il 1-3 giugno e il 2-4 novembre 2000, pubbl. da G. M. CAZZANIGA e Y.-C. ZARKA (a cura di), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, 2 voll., Pisa e Paris 2001. Si veda anche BEAUD, *La puissance* cit. *supra* in nt. 13.

(49) Sul «pluralismo giuridico» e sulla necessaria «flessibilità del diritto» nell'epoca post-moderna, cfr. HESPANHA, *Introduzione* cit., pp. 288-95, che si rifà alla nota tesi di J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris 1967, tr. it. a cura di A. DE VITA, *Flessibile*

ancora in corso e non è oggi chiaro a nessuno con precisione quali effetti potrà comportare. In dettaglio, non è ancora dato sapere con certezza se siamo di fronte a un processo involutivo che ci riporterà a un particolarismo ingovernabile con strumenti razionali generali, determinando necessariamente un ripristino in qualche forma dell'arcana mediazione del «legum doctor» (50), oppure se — come sarebbe più logico e forse auspicabile credere — ci proietterà verso una dimensione giuspolitica del tutto nuova e ad oggi incognita.

Certo è che nell'odierna dimensione alluvionale assunta dagli ordinamenti giuridici con decine di migliaia di leggi, qualche milione di norme e una molteplicità di fonti giuridiche, la funzione del giurista si avvicina *naturaliter* più al tecnocrate che al credibile possessore di una scienza fondata sulla elaborazione sapienziale. La profezia heideggeriana sul dominio della tecnica nel mondo contemporaneo non lascia

---

*diritto*, Milano 1997. Una vasta panoramica sulle tematiche legate al rapporto tra diritto e Stato contemporaneo nelle principali realtà politiche del mondo nei numerosi saggi raccolti da P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto - Storia, teoria, critica*, Milano 2002. Sul punto, con particolare riferim. al caso italiano, cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario - Metafore e paradigmi nella cultura italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana - Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna 1989; R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, Roma 1995.

(50) Per avere un'idea di che cosa fosse la vita giuridica in una realtà in cui l'ordinamento si presentava frammentato in una «stratificazione secolare, irrazionale di leggi, di usi, di prassi forensi, di privilegi, di immunità», con conseguenti «poteri amplissimi dei giudici, con l'invadenza dei subalterni, con il disordine dei riti, con la frammentazione caotica delle giurisdizioni e dei tribunali, con l'incertezza assoluta del diritto scritto, con il suo divario pauroso da quello applicato, per cui qualunque prepotenza di feudatario, qualunque assurda pretesa di ecclesiastico, trovava facilmente la via per farsi valere contro uno Stato incapace di concepire, di affermare ed imporre un proprio ordinamento», cfr. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII. I. La vita giudiziaria*, Napoli 1961 (la citaz. è a p. 7). Non è superfluo aggiungere, ai fini della dimostrazione della tesi che viene sostenuta nel presente saggio, che nell'ampia produzione di Ajello questo era il lavoro che Cavanna maggiormente apprezzava e dal quale più spesso ha tratto citazioni utili a suffragare il suo discorso storiografico. In particolare ci si può riferire all'osservazione cavanniana secondo cui la frattura tra ordinamento scritto formale e ordinamento non scritto sostanziale affermatosi nella prassi delle realtà giuridico-politiche di antico regime (affermazione che, com'è noto, costituisce un punto cardine dell'opera di Ajello sul regno di Napoli) possa essere «generalizzata con sufficiente sicurezza»: CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 235.

immuni gli operatori del diritto. E sempre più i giuristi diventano esecutori materiali di decisioni che vengono assunte da ristrette *élites* dominanti nei circuiti economici e finanziari internazionali e sovranazionali. Nell'attesa di avere riscontri fattuali più certi, le diverse scuole di pensiero giuridico e politico si confrontano, ciascuna sulla base della propria linea ideologica e metodologica di fondo.

### 3. *L'illuminismo tradito.*

È difficile ricostruire oggi con sicurezza quale fosse l'opinione di Cavanna su questi delicati temi, data la sua personale ritrosia a prendere parte alla polemica diretta e a causa della sua scomparsa proprio nel momento cruciale del dibattito (51). Si può però percepire con sufficiente approssimazione il suo atteggiamento di fondo, improntato alla ricerca di un equilibrio possibile tra certezza del diritto oggettivo e tutela di un'aperta e autonoma dignità sociopolitica della funzione del giurista, due valori da lui ritenuti entrambi fondamentali nella vita giuridica. Del tutto contrario sembra essere invece il suo pensiero alle impostazioni dottrinali — sotto qualsiasi forma — che intendano fondare l'organizzazione politica di una società sulla mediazione patriarcale dei giuristi intesi come *sacerdotes juris*, una 'tentazione' recondita che non è mai stata del tutto eliminata dal codice genetico dei «legum doctores» tanto antichi quanto contemporanei (52). Ancora oggi — e non solo in

---

(51) L'esempio più rilevante di questo confronto, ricco a mio avviso di spunti di riflessione di estremo interesse, utile a tutti gli storici (del diritto e no) interessati ad approfondire la comprensione del rapporto tra giuristi, diritto e Stato, è quello cui hanno dato vita recentemente due insigni Maestri degli studi storico-giuridici italiani come R. Ajello e P. Grossi: per il primo ci si può riferire alle *opp. citt. supra* in nt. 3, e alla recensione *L'illusione "ontica" - A proposito di un libro recente di Paolo Grossi*, in *L'Ape ingegnosa, Quaderni del Dipartimento di Scienze dello Stato dell'Università di Napoli "Federico II"*, 1 (2001), pp. 7-29; per il secondo oltre a *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, si vedano: ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*; ID., *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860-1950*; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*; Milano rispettivam. 1998, 2000 e 2001.

(52) Gli esempi di questa permanenza dell'ideologia togata si possono espungere dal quotidiano svolgimento della vita giuridica e giudiziaria del nostro Paese. Una recente dichiarazione rilasciata dal presidente dell'Associazione Nazionale dei Ma-

Italia — se ne possono riscontrare tracce ampie ed evidenti nelle *élites* giuridiche a tutti i livelli (legislativo, amministrativo e giurisdizionale) e in tutte le funzioni assolate dagli operatori del diritto, e in modo particolarmente nocivo nei ranghi della magistratura (53).

Questa *forma mentis* che si traduce in una contestuale strategia cetuale o di corpo ha assunto nelle varie fasi storiche in cui si è dispiegata volti diversi, ma tutti caratterizzati dalla medesima identità di fondo: nell'Età di mezzo, il *consensus gentium*, i cui strascichi si avvertono ancora nei dibattiti dottrinali tra Cinque e Settecento (54); nella fase moderna, l'esaltazione degli apparati magistratuali e la pretesa funzione di rappresentanza giuspolitica dei grandi tribunali (esemplare il caso dei Parlamenti francesi); nella prima età contemporanea, l'*usus modernus pandectarum* (55) e l'ideologia anti-codicistica che trionfò al suo più alto livello nella linea dottrinale di Savigny (56); poi, nel corso del XIX se-

---

gistrati al «Corriere della Sera», 5 gen. 2003, p. 4, afferma senza sfumature che «i magistrati rivendicano il diritto di discutere le leggi» in via di approvazione da parte del Parlamento e che la cattiva qualità di queste ultime non produce «effetti negativi» solo grazie alle «interpretazioni dei giudici». È appena il caso di osservare che questa è l'identica posizione, quasi parola per parola, che i *robins* dei parlamenti francesi opposero a Luigi XV nel lungo *combat parlementaire* che vide fronteggiarsi duramente per buona parte del secolo dei lumi magistratura e potere politico. Per la trattazione storica di questo problema, centrale nell'esperienza giuridico-istituzionale moderna, in CAVANNA, *cfr. Storia del diritto moderno in Europa cit.*, pp. 229-35.

(53) Su questo tema è di grande interesse una recente, approfondita ricerca condotta da un sociologo francese: A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des vertus moyennes*, Paris 1993. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto cit.*, pp. 413-7, interpreta questa permanenza dell'ideologia giuridica come uno dei principali «residui del medioevo» nel mondo contemporaneo.

(54) Sul *consensus gentium* e sulle strategie adottate dal ceto giuridico per assicurarsi e conservare il potere nell'età che Cavanna chiama «la crisi del diritto comune», *cfr. AJELLO, Arcana juris cit.*, *passim*.

(55) *Cfr. W. WILHELM, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1958, tr. it. a cura di P. L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano 1981, pp. 592-608.

(56) *Cfr. SAVIGNY, La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in THIBAUT-SAVIGNY, *La polemica cit.*, pp. 87-197. Sul punto, *cfr. WILHELM, Metodologia giuridica cit.*, pp. 15-72; D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo - Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971, spec. pp. 3-33 e 93-115; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998; Sulle vicende italiane e sul loro legame con il vasto movimento per la codificazione in Europa, resta utile V. PIANO MOR-

colo, il raffinato eclettismo che trovò in Gény il suo maggior interprete (57); e nel primo Novecento, il 'purismo' kelseniano volto a conferire al diritto lo statuto epistemico di una totale autonomia rispetto alle altre scienze sociali (58).

Rinsaldati nella convinzione di appartenere a un universo culturale 'separato' e 'specifico', i giuristi hanno nel corso degli ultimi decenni rafforzato il loro *esprit de corps* mantenendone nella sostanza immutata la recondita ideologia di dominio mediato attraverso l'uso sapiente — e occulto — della tecnica interpretativa e manipolativa dei materiali giuridici loro sottoposti (sia in sede di creazione sia in sede d'interpretazione-applicazione del diritto) (59). L'assunzione dell'«apoliticità del diritto» è servita, in realtà, a mantenere i giuristi in una sfera protetta dai mutamenti politici. La matrice ideologica di fondo di questa svolta è però inequivoca e consiste in un rovesciamento del postulato principale dell'illuminismo e del pensiero moderno: «l'artificialità del diritto e

TARI, voce *Codice* (storia), in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, pp. 228-36, ora con diverso titolo (*Il movimento per la codificazione in Italia*) in ID., *Itinera juris - Studi di storia giuridica dell'Età moderna*, (collana «Storia e diritto», 26), Napoli 1991, pp. 549-71.

(57) Per questi sviluppi dell'ideologia giuridica nel corso dei secoli XIX e XX in Francia, cfr. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati* cit., *passim* e pp. 136-7 e 141-2 (spec. su Gény) Per la situazione italiana, cfr. gli importanti saggi raccolti in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, e in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986. Su Gény, cfr. il numero monografico, dal titolo *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, dei "Quaderni fiorentini", 20 (1991); e V. PETRUCCI, *François Gény: "l'irriducibile diritto naturale"*, Napoli 1995.

(58) Sulla dottrina di Kelsen, come avvio di un confronto sempre più radicale tra visioni positivistiche e no del diritto e tra differenti versioni dello stesso positivismo, è in pieno svolgimento un serrato e interessante dibattito tra gli specialisti: per un versante di questa dialettica, cfr. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, tr. it. dall'origin. fr. (*Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994) a cura di A. CARRINO et al., Napoli 1998; ID., *La Théorie du droit, le Droit, l'État*, Paris 2001; O. PFERSMANN, *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, in *Analisi e diritto*, 2001, pp. 231-84.

(59) Cfr. LEGENDRE, *Qui dit légiste, dit loi et pouvoir* cit.; BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire* cit., spec. pp. 50-2 (per «l'amour de son état» da parte dei giuristi), 189-99 (per il «retrait dans la prudence technicienne») e 204-18 (per la definizione della funzione giudiziaria come «autorité pure, lapidaire et péremptoire»). Sulla ripertuazione dell'*élite* giuridica nello Stato contemporaneo, cfr. P. BOURDIEU, *La noblesse d'État - Grandes Écoles et esprit de corps*, Paris 1989.

delle istituzioni» (60), il carattere cangiante e provvisorio di ogni ordinamento e di ogni *voluntas legis* appropriata — secondo la visione già espressa nella prima metà del Quattrocento da Valla nel *de Voluptate* — all'«utilità dei popoli», per definizione variabile, e non a immutabili valori morali (61).

Le visioni ispirate a questa linea interpretativa sono state tutte «importate dalla Germania» (62) — non però da quella di Weber — e rispondono sempre allo stesso paradigma «di segno antilluministico»: il paradigma della presunta «oggettività» e «scientificità» dell'attività giuridica (63). Quest'ultima non è altrimenti intesa che come la riproposizione aggiornata della tradizionale ideologia del giureconsulto di antico regime (64), la quale funge ancora una volta da principale fondamento di «un'operazione metapolitica» consistente nell'«avallare come 'scientifiche' le operazioni politiche compiute dai giuristi» (65).

(60) Cfr. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 561.

(61) Per questa prospettiva critica dello 'specifico giuridico' e dell'ontologismo sotteso all'ideologia togata, cfr. AJELLO, *Arcana juris* cit.; e i recenti saggi in *Frontiera d'Europa*, cit. *supra* nt. 3.

(62) FERRAJOLI, *op. e loc. ult. cit.*

(63) Sull'«oggettività» come paradigma del pensiero giuridico prevalente e la sua critica nell'epistemologia contemporanea, cfr. AJELLO, *L'esperienza critica* cit., pp. 23-48.

(64) Inspiegabilmente FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., considera questa tradizionale «ideologia professionale» propria dei giuristi di antico regime come «innocua». Sulla complessità della stratificazione ideologica nei giuristi europeo-continentali e sui suoi sviluppi ed effetti sociali, politici e istituzionali, sia consentito un rinvio ai miei *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime*, 2 voll., Napoli 1996; *Constitutionnalisme et idéologie de robe - L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably*, in *Annales*, 4 (lug.-ago. 1997), 821-52; *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi*, cit. *infra* in nt. 86.

(65) FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 562. Sulle origini medievali e sugli sviluppi moderni di questa *forma mentis* tipicamente giuridica, cfr. AJELLO, *L'esperienza critica* cit., spec. pp. 323-6. Recenti ricerche in corso di pubblicazione di Luca Parisoli mostrano come i giuristi abbiano ripreso quest'impostazione dalla logica della intermediazione papale tra divino e umano che coronò nei *Dictatus papae* di Gregorio VII (1073). L'invenzione della «rappresentanza bivalente», come una delle più tipiche conseguenze del pensiero cristiano, già durante la fase della patristica, è stata brillantemente sostenuta nel corso del recente «XV Colloque international» di Aix-en-Provence (2-3 mag. 2002) su *La représentation dans la pensée politique*, da uno studioso bordeliese, G. GUYON, la cui relazione intitolata *La représentation dans les premières églises chrétiennes (I-III<sup>e</sup> siècles)* è nei relativi «Atti» editi dall'A.F.H.I.P. (Association Française des Historiens des Idées Politiques), PUAM, Aix-en-Provence 2003.

Il maggiore supporto di questo «stile» giuridico, ieri come oggi, resta «l'intreccio di idealismo e formalismo» (66), una struttura mentale che ha impregnato di sé i giuristi perfino nella loro identità psicologica e costituisce il fondamento della loro antropologia culturale e della loro azione pratica (67).

Ora, una delle più radicate convinzioni di Cavanna era che la doverosa critica delle certezze assolute acquisite dal giurista positivista contemporaneo (ossia le certezze legate al modello codicistico e all'immagine del diritto come specchio della legge) non potesse intendersi come un ritorno all'ontologismo preilluministico, ossia premoderno. Per lui, al contrario, la critica alla struttura sociopolitica che gli si presentava dinanzi e all'evoluzione di cui prevedeva e anticipava i principali elementi andava focalizzata proprio sull'incapacità di «amministrare e sviluppare taluni postulati» propri dell'illuminismo e del pensiero moderno, «postulati che sono tuttora irrinunciabili» (68). Coerentemente con quest'impostazione, Cavanna vedeva la crisi della società italiana contemporanea come il frutto dell'incapacità di tradurre in concreto e fino in fondo il programma e gli ideali del pensiero moderno. Cosicché la sua interpretazione della società attuale è quella «di una una società che, nel nostro secolo, ha sì ragionevolmente perso molte delle fiduciose certezze positivistiche, ma che» va piuttosto considerata come «la disillusa e tradita erede dell'illuminismo» (69). E fra questi presupposti traditi, Cavanna metteva al primo posto quello della semplificazione e della chiarezza legislativa.

Sommerso da una «patologica ipertrofia normativa», lo Stato contemporaneo «è ormai ridotto a una 'machine à faire lois'» e non può

---

(66) FERRAJOLI, *op. e loc. ult. cit.*; sul punto cfr. anche AJELLO, *L'esperienza critica cit.*, spec. pp. 8-14 e *passim*; e la fine analisi di M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della Biblioteca degli Studi Giuridici dell'Università di Napoli*, I, anno VII, fs. III (1961), e II, anno VIII, fs. II (1962), pp. 254-368.

(67) Cfr. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire*, cit. Una fine analisi dei presupposti antropologici della cultura giuridica in N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris 1988, tr. it. a cura di R. ALUFFI, *Antropologia giuridica*, (collana «Giuristi stranieri di oggi», 13), Milano 1992.

(68) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa cit.*, p. 318.

(69) *Ibidem*.

sfuggire al suo destino di «Stato assistenziale» (70). Di qui l'indebita e smisurata estensione dei compiti pubblici che hanno ristretto «sempre più ampi settori del diritto privato», comprimendo «l'autonomia negoziale del singolo» e facendo prevalere le «norme imperative su quelle dispositive» (71). La «pretesa del legislatore di disciplinare dettagliatamente ogni aspetto della vita odierna» e che deve qualificarsi ormai come un vero e proprio «arbitrio del legislatore» è propriamente il fenomeno che determina quella «sproporzionata accumulazione normativa che spesso ha solo formalmente la sua fonte nel Parlamento quale portatore della volontà generale». Questa sorta di bulimia giuridica è determinata a sua volta dalla crisi della rappresentanza politica e dal conseguente proliferare degli apparati burocratici e partitici come nuovi *moloc* cui sacrificare ogni autonomia soggettiva.

La politica diventa così non un'attività chiamata a dare una «ragionevole risposta ai reali bisogni dei consociati», ma un potere completamente autoreferenziale che si serve della normatività giuridica e la precostituisce, sulla base di pure «esigenze di equilibrio politico», ossia sulla base delle necessità prioritarie di autoriproduzione del sistema nel quale i giuristi vengono a trovarsi coinvolti grazie all'attrattiva dei privilegi loro accordati (72). Svuotate del loro carattere di 'risposta' alle esigenze reali emerse dalla prassi sociale, quelle norme decise da «poteri esterni» vengono poi approvate formalmente dalle assemblee parlamentari a quel punto solo pseudo-rappresentative. Questa silente, «sotterranea metamorfosi del potere legislativo» è nel contempo causa ed effetto di una quasi completa «deresponsabilizzazione del ceto dei giuristi» e postula «una mortificazione del pensiero giuridico». Ma la conseguenza più grave di questo fenomeno non è tanto, per Cavanna, la perdita di «dignità» e di «centralità» politica da parte del giurista, quanto la perdita «di coerenza e di stabilità dell'ordinamento», ossia proprio di quei valori di fondo per cui il razionalismo moderno si era tanto battuto. Si determina così

---

(70) *Ivi*, p. 317.

(71) *Ibidem*.

(72) *Ibidem*. Sul meccanismo dell'autoriproduzione, cfr. BOURDIEU, *La noblesse d'État* cit., pp. 373-427 e 468-81; L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, Paris 1995, tr. it. a cura di R. FINELLI, *Lo Stato e i suoi apparati*, Roma 1997.

uno stravolgimento ideologico del principio illuministico che postulava il primato della legislazione [e la società contemporanea si avvia quindi] a perdere gli obiettivi benefici di certezza originariamente connessi al regime di diritto codificato, mentre non godiamo più dei benefici della mediazione giuridica tipici di un regime di diritto giurisprudenziale (73).

Questa conclusione, che a mio avviso costituisce la chiave di lettura dell'intera opera storiografica di Adriano Cavanna, apre una prospettiva di riflessione che è nel contempo disillusa e proficua. Alla sfiducia per un recupero della funzione politica autonoma del giurista che vi è esplicitamente dichiarata e alla quale si è venuta sostituendo ormai la figura del « giurista-automa » (74), non corrisponde mai una sconfessione dei principi-cardine del mondo moderno e un'involuzione reazionaria. Glielo impedisce la salda convinzione del « valore etico e politico » dei fondamenti teorici e assiologici della modernità (75). La prospettiva storiografica aperta da Cavanna s'impernia, infatti, sull'approfondita ricostruzione delle cause e degli effetti della crisi che investì tra Cinque e Settecento il regime giuridico a fonti plurime del « diritto comune », che egli intende sempre come un regime meno evoluto di quello successivo a diritto codificato, capace di assicurare (o almeno di lottare per) « il vero e proprio principio della sicurezza » (76). Cavanna reagisce, insomma, all'esasperazione (e non all'affermazione) di

---

(73) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., pp. 317-8. È molto significativo che le due testimonianze scelte da Cavanna per suffragare la sua tesi, siano quella del più noto giornalista italiano, Indro Montanelli, nettamente schierato su posizioni liberali e fortemente impegnato nella polemica antiburocratica e antiformalistica, e quella di uno dei maggiori amministratori di quegli anni, Aldo Maria Sandulli. Entrambe queste posizioni convergevano su un punto cruciale: l'irrimediabile perdita della certezza del diritto nel fluviale, confuso, affastellato, disordinato e contraddittorio ordinamento contemporaneo. Molti dati utili, al riguardo, sono venuti aggiungendosi negli anni successivi; si veda, per tutti, il sintetico ed efficacissimo volumetto di S. CASSESE, *Lo Stato introvabile - Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma 1998 (sull'« onnipotenza del legislatore » e i suoi deleteri effetti, pp. 31-5; sulla « mano pubblica sulla società », pp. 37-43; sul « germanesimo imperante » nella cultura giuridica italiana, pp. 23 e 55), a completamento della più diffusa analisi compiuta molti anni prima: ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano 1974.

(74) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 318.

(75) *Ivi*, p. 317.

(76) *Ibidem*.

uno dei principi che avevano guidato l'illuminismo giuridico, ossia la soluzione della dialettica autorità/libertà in termini di saldo ancoraggio al diritto positivo (77). Il suo ideale di giustizia è eminentemente legato al principio illuministico «della semplicità delle leggi» (78) e della limitazione del loro numero. E il suo atteggiamento critico resta comunque nei limiti di un prudente distacco dai rischi e dalle esasperazioni del mondo post-moderno, ma non sfocia mai in un *revirement* della sua linea teorica di fondo. A una certa delusione per il mancato inveroamento dei principi moderni, non corrisponde alcuno degli atteggiamenti tipici delle «reazioni anti-illuministiche in campo giuridico» (79).

Allo stesso modo, la preoccupazione costante che attraversa l'opera cavanniana è la ricerca di un equilibrio possibile tra potere giurisdizionale e potere politico per evitare l'*affrontement* diretto tra i due ambiti funzionali. Il conflitto tra politica e giurisdizione è per lui fonte di sciagurate conseguenze sulla ordinata vita sociopolitica di un Paese capace di raggiungere un elevato grado di civiltà e di progresso. Cavanna non si sarebbe mai spinto fino al punto di accettare l'idea che la giurisdizione è fondata su un atto di volontà e non di conoscenza, coraggiosa e netta posizione di una parte della autorevole dottrina filosofico-giuridica d'indirizzo giuspositivistico (80). E nemmeno avrebbe avallato alcuno degli orientamenti dimostrativi del carattere intrinsecamente ideologico di ogni potere, in primo luogo quello giurisdizionale (81).

(77) Cfr. D'AMELIO, *Illuminismo* cit., pp. 107-8.

(78) Cfr. CATTANEO, *Illuminismo* cit., p. 16.

(79) *Ivi*, pp. 172-85. Cavanna condivise sempre l'assunto conclusivo del volume di Cattaneo secondo cui i principi teorici affermati dall'illuminismo e dalla Rivoluzione francese «sono lo spartiacque, il modello di fronte al quale si riconoscono gli amici e i nemici della libertà e della ragione» (*ivi*, p. 197).

(80) Idea-cardine espressa da TROPER, *Funzione giurisdizionale o potere giudiziario?*, in *Id.*, *Per una teoria giuridica dello Stato*, cit., pp. 109-21.

(81) Di qui la sua aperta ostilità a ogni uso 'alternativo' (e dal «manifesto sapore ideologico»-politico) del diritto, chiara polemica contro quei giuristi, come P. Barcellona e G. Cotturri, che sottolineando l'ineliminabile politicità di ogni ordine giuridico, ne pretendevano l'identificazione totale con i valori e le esigenze della lotta di classe marxista e intendevano «sbarazzarsi di colpo di tutti i valori e di tutte le tecniche su cui tradizionalmente si fonda l'educazione del giurista»: cfr. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., pp. 7 e 318.

Eppure non vi è dubbio che l'idea di una *Respublica* dei giudici, ossia di uno Stato governato per via indiretta dal potere magistratuale come suprema forma di mediazione giuridica (82), non abbia riscosso mai le sue simpatie e anzi abbia provocato la sua decisa ostilità. Si può dire al riguardo che Cavanna abbia cercato di percorrere una strada diversa da queste posizioni, che considerava tutte «estremistiche». Egli si è sforzato costantemente d'individuare gli spazi in cui la funzione del giurista possa esplicarsi, con la relativa autonomia consentita alla specificità della sua funzione, nel quadro di riferimento dell'organizzazione statale di cui il primato della volontà legislativa spettante alla sfera politica costituisce il perno intangibile.

Da questo punto di vista la sua analisi dello Stato assoluto come strumento capace di realizzare la «razionalizzazione del sistema giuridico», o quanto meno di avviarne in modo decisivo il processo, da lui definito «vitale» (83), è esemplare ed è il riflesso storiografico di quella visione metodologica e 'politico-culturale' di fondo. Sembra molto significativo, nel rileggere le sue pagine oggi, l'inserimento delle considerazioni sullo Stato contemporaneo al termine della sezione dedicata alla politica assolutistica del diritto nel Settecento preilluministico», quasi rappresentino una sorta di complemento di attualità all'*excursus* storico appena svolto.

---

(82) Su questo delicatissimo problema esiste ormai una nutrita letteratura: cfr. M. TROPER, *Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, in ID., *La Théorie du droit* cit., pp. 231-47; ID., *Existe-t-il un danger de gouvernement des juges?*, in D. SOULEZ LARIVIÈRE, H. DALLE (a cura di), *Notre justice - Le livre vérité de la justice française*, Paris 2002, pp. 329-46. Sul tema della mediazione giuridica, cfr. A.-J. ARNAUD, *Le médium et le savant - Signification politique de l'interprétation juridique*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, poi ripubbl. in ID., *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen 1977; C. ATIAS, *Science des légistes savoir des juristes*, Aix-en-Provence 1993, spec. pp. 33-5, 47-51, 109-16 e 132-4. Sul caso italiano, C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, e C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna rispettiv. 1993 e 1997; F. CAZZOLA, M. MORISI, *La mutua diffidenza - Il reciproco controllo tra magistrati e politici nella prima repubblica italiana*, Milano 1996; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici - Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari 1998. Una sintetica panoramica sul rapporto magistratura/politica nei principali sistemi europei contemporanei nel recente C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari 2002.

(83) CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* cit., p. 297.

La mediazione patriarcale è stata in ogni tempo il potente ed esclusivo strumento, concettuale e pratico, adoperato dai *legum doctores* per costruire e consolidare i propri apparati di dominio (84). Questa fondamentale struttura 'ideologica' è una costante nella storia dei giuristi e da quest'ottica si può dire che neppure lo sconvolgimento rivoluzionario e il passaggio dall'*ancien* al *nouveau régime* abbiano modificato, nel loro intimo, la perenne e indomabile vocazione a porsi più come «pontefici» (85), ossia come mediatori tra il divino e l'umano, che come semplici operatori il cui compito è semplicemente quello di applicare norme.

Se è innegabile che il diritto è di per sé destinato a produrre effetti di profonda entità sull'assetto politico del corpo sociale, i giuristi — e i giudici in particolare — non hanno mai definitivamente rinunciato all'incidenza politica della loro funzione (86). Per Cavanna quella del giurista è un'attività professionale posta, scopertamente e con limpida consapevolezza tanto della potenzialità dei propri strumenti quanto dei propri limiti, al servizio della collettività. Essa implica, per ciò stesso, una certa dose di "politicità" e quindi, necessariamente, non può non essere frutto di una particolare visione del mondo. E poiché ogni *Weltanschauung* si dispiega sempre in una potente spinta ad attuare i propri presupposti teorici, Cavanna è convinto che non si sia mai del tutto al riparo dal rischio concreto che l'attività giurisdizionale si risolva in un'azione politica per vie non sempre compatibili con uno Stato democratico di diritto.

---

(84) Sul tema dell'autoreferenzialità dottrinale e istituzionale del *savoir des juristes*, anche se risentono non poco della netta impostazione ideologicamente orientata dell'autore, restano per alcuni versi suggestivi e ricchi di spunti interessanti i testi di ALTHUSSER, riuniti nell'*op. cit. supra* nt. 72, spec. pp. 61-97 e 167-210.

(85) Cfr. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati cit.*, pp. 81-5.

(86) Due importanti contributi per comprendere in profondità questo fenomeno sono: R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna 1997; P. BORGNA, M. CASSANO, *Il giudice e il principe - Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma 1997. Molti spunti utili in A. BRUNIALTI, *La funzione politica del potere giudiziario*, in *Storia Amministrazione Costituzione - Annale dell'I.S.A.P.*, 7 (1999), pp. 9-23, e nel relativo commento di L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come «potere politico»*, *ivi*, pp. 25-45. Sulle origini storiche del fenomeno, cfr. F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi, costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, I, Napoli 2003.

Adriano Cavanna non si è mai lasciato incantare e neppure tentare dalle sirene di nessuna ideologia, neppure da quella dell'«ideologia togata»; ha sempre mantenuto un invidiabile equilibrio di fondo riuscendo a non cadere nelle posizioni estreme. Egli rifiutava sia il totalitarismo legislativo e l'egemonia della politica sia, per altro verso, la tirannia, più occulta ma non meno insidiosa, della mediazione patriarcale dei giuristi-interpreti.

Possiamo assumere proprio la ricerca di questo equilibrio come il suo lascito scientifico di maggior rilievo e come uno stimolo in più a lavorare su questa falsariga, unendo — come ha scritto A.-J. Arnaud — «i nostri sforzi nella ricerca di un diritto per il futuro» (87). Un diritto che, nella costante attenzione al mutamento della realtà sociale, sia capace di contemperare stabilità istituzionale, certezza giuridica, onestà politica.

---

(87) Cfr. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati* cit., p. 278.