

STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA

STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO

FIRENZE, 26-27 APRILE 1985

a cura di PAOLO GROSSI



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-01003-X

*Pubblicazione realizzata con il concorso
della Cassa di Risparmio di Firenze*

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi
mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione
elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1986) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

P R E M E S S A

Offriamo al lettore gli 'Atti' del Convegno internazionale su « *Storia sociale e dimensione giuridica* », che è stato organizzato dal nostro Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno e che si tenne in Firenze nei giorni 26 e 27 aprile 1985. Un colloquio tra 'giuristi' e 'storici', nel tentativo, da un lato, di vincere la indifferenza e insensibilità di questi per la dimensione giuridica, dall'altro, di rompere le tendenze isolazionistiche e separatistiche di quelli. Un tentativo di gridare sui tetti la verità ovvia ma troppo spesso sepolta o rimossa che il diritto — nella sua insopprimibile autonomia — è per ogni comunità un modo di vivere la propria socialità nella storia, un modo d'essere d'una civiltà e di essa espressivo nella guisa più intensa.

Il volume rappresenta lo specchio fedele di due giornate di intenso lavoro e registra in sé relazioni, comunicazioni e interventi nella consecuzione in cui effettivamente si svolsero. V'è solo una felice variante: rispetto ai lavori congressuali il volume è più ricco. Il tempo a nostra disposizione, rinserrato in limiti troppo angusti, non consentì infatti a parecchi partecipanti di poter prendere la parola nelle due sedute dedicate alla discussione: fu senza dubbio un impoverimento del Congresso, che abbiamo voluto evitare al volume definitivo: per questo abbiamo chiesto a Sofia Boesch, ad Andrea Giardina, a Julius Kirshner, a Claes Peterson, a Ubaldo Staico di redigere per iscritto quanto contavano — e non poterono — esprimere a viva voce. E siamo lieti di ospitare ora nelle nostre pagine, in calce agli interventi più propriamente congressuali questi contributi di non poco momento. Siamo parimente lieti di accogliere, accanto ai loro interventi, un saggio di Antonio Manuel Hespanha e le pagine retrospettive che, su nostra richiesta, Alberto Caracciolo ha scritto a proposito di quegli appuntati 'Quaderni storici delle Marche'

da lui progettati nel 1966 e divenuti poi i notissimi 'Quaderni storici', una significativa impresa culturale nel cui respiro autenticamente interdisciplinare si volle lasciare spazio e attenzione per la storia del diritto.

A conclusione di tutta la fatica organizzativa, di fronte al volume ormai definito, contemprarne con soddisfazione la ricchezza e complessità è soltanto una constatazione oggettiva. Certamente si deve ripetere qui quanto scrivevamo nella premessa ad un'altra raccolta di Atti congressuali, quelli su 'La cultura delle Riviste giuridiche italiane': il tema non solo non è esaurito — né si è mai avuto una tanto risibile pretesa —, ma è stato appena sfiorato. Valga il lavoro nostro e dei generosi collaboratori a proporlo ad altri studiosi stimolandoli ad integrare e approfondire. Forse si è trattato di un solo passo innanzi in un lungo itinerario. Ma alla scienza ripugnano le corse frettolose ed è assai più congeniale un riposato cammino di piccoli passi*.

Paolo Grossi

* Il Convegno si è svolto sotto il patrocinio della Università degli Studi di Firenze.

Alla sua organizzazione hanno contribuito in modo determinante il Consiglio Nazionale delle Ricerche, la Regione Toscana e il Comune di Firenze. A questi Enti vada il ringraziamento particolare dei promotori.

È ugualmente gradito ringraziare, per i contributi erogati con sensibilità, il Banco di Napoli, il Monte dei Paschi di Siena e la Cassa di Risparmio di Lucca; nonché la Cassa di Risparmio di Firenze, che si è assunta l'onere non lieve delle spese di pubblicazione degli 'Atti'.

INCONTRO DI STUDIO
SU
"STORIA SOCIALE
E
DIMENSIONE GIURIDICA"

*

A T T I

PROGRAMMA

(così come fu diffuso agli interessati, ed effettivamente si svolse, nei giorni 26-27 aprile 1985)

VENERDI, 26 APRILE 1985

- ore 10,30 - Apertura dell'Incontro
Paolo GROSSI: « Storia sociale e dimensione giuridica »
- ore 11 - Jacques LE GOFF: « Histoire médiévale et histoire du droit médiéval: un dialogue difficile »
- ore 12 - Cinzio VIOLANTE: « Storia e dimensione giuridica »
- ore 15,30 - Mario SBRICCOLI: « Storia del diritto e storia della società: questioni di metodo e problemi di ricerca »
- ore 16,30 - Discussione.

SABATO 27 APRILE 1985

- ore 9 - Tavola rotonda con Jacques LE GOFF, Cinzio VIOLANTE, Mario SBRICCOLI
- ore 10 - Discussione.

I lavori si sono svolti, nella intera giornata di venerdì 26 aprile presso la Sala di Luca Giordano nel Palazzo Medici Riccardi (Via Cavour 1), nella mattinata di sabato 27 aprile presso la Sala Rossa nella sede del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno (Villa Ruspoli - P.zza Indipendenza, 9).

Nel pomeriggio di sabato 27 aprile è stata organizzata un'escursione nel Casentino, alta valle del fiume Arno, con visita ai Castelli dei conti Guidi in Romena e in Poppi e alla millenaria Pieve di Romena. Sotto la guida del bibliotecario, signor Roberto Brezzi, è stata visitata, nei decorosi ambienti del castello di Poppi, la Biblioteca Comunale Rilliana ricca di manoscritti e incunaboli giuridici provenienti dall'antica biblioteca dell'Archicenobio di Camaldoli.

PAOLO GROSSI

STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA

Se qualcuno dei miei uditori mi chiedesse conto della origine concreta di questa riunione, dovrei evocare le significanti letture estive di due volumi dello storico russo Aron Gurevič: 'Le origini del feudalesimo' ⁽¹⁾ nel 1982; 'Le categorie della cultura medievale' ⁽²⁾ nel 1983. Libri certamente non di storia giuridica né scritti da uno storico del diritto, ma certamente dominati dalla convinzione precisa che il diritto è strumento prezioso per la comprensione d'una determinata civiltà, perché sta al cuore di quella civiltà. La ricerca sul feudo, tutta imperniata sulla nozione anche giuridica di proprietà, ha come filo conduttore continuo la consapevolezza della enorme « portata conoscitiva » ⁽³⁾ di questa nozione e si apre, in perfetta coerenza, con un capitolo dedicato espressamente ad « Allodio e feudo » ⁽⁴⁾. La ricerca sulle fondazioni della cultura medievale sembra assegnare alla dimensione giuridica, finanche nella intitolazione della parte centrale (« Un paese si costituisce sul diritto »), il ruolo privilegiato di chiave interpretativa essenziale.

Venne facile la comparazione fra questa acuita sensibilità e un cumulo di diffidenze e di emarginazioni che era possibile cogliere nella storiografia più recente, soprattutto in quella che, concentrando il proprio sguardo, per consapevoli determinazioni me-

⁽¹⁾ A.J. GUREVIČ, *Le origini del feudalesimo*, Bari, 1982 (trad. ital. di M. Sampaolo - I edizione: Moskva, 1970).

⁽²⁾ A.J. GUREVIČ, *Le categorie della cultura medievale*, Torino, 1983 (tard. ital. di C. Castelli - I edizione: Moskva, 1972).

⁽³⁾ GUREVIČ, *Le origini del feudalesimo*, cit., p. 25.

⁽⁴⁾ GUREVIČ, *Le origini del feudalesimo*, cit., cap. I: La proprietà nell'alto medioevo - § Allodio e feudo.

todiche, sul sociale e sul suo assetto, più di ogni altra poteva apparire portata a un dialogo con i giuristi e a una valorizzazione della dimensione giuridica. Venne facile anche l'idea di questo Incontro, progettato originariamente come dialogo e dibattito fra lo storico russo, una voce prestigiosa della 'nouvelle histoire' (e il pensiero corse subito alla auspicabile presenza di Jacques Le Goff), uno o più storici del diritto.

Ad Aron Gurevič, che pur aveva dato entusiastica adesione alla iniziativa, non è stato consentito di partecipare, e il modulo organizzativo si è diversamente assestato. Il dialogo è parimente triangolare: la voce di Le Goff ha assunto una sua centralità, e, accanto, in posizione necessariamente dialettica, le si sono accompagnate le testimonianze di uno storico e di un giurista sensibili, l'uno e l'altro, al travaglio metodologico di questi provvidi anni, Cinzio Violante e Mario Sbriccoli. Il tema — e problema — resta invece immutato, e immutata resta l'esigenza di parlare con franchezza dei rapporti fra storia sociale e diritto con l'intento di dissipare equivoci, chiarire le diverse posizioni, arricchirci reciprocamente nel dialogo ravvicinato. E sono grato ai Relatori di una aperta disponibilità all'incontro; sono particolarmente grato a Jacques Le Goff, che ha accettato senza una perplessità l'invito sapendolo sincero e amichevole, ma sapendo anche che egli forse si sarebbe trovato, se non come Israele in Egitto, almeno su una frontiera combattuta.

Aggiungo anche, per togliere ogni ombra malevola su questa riunione scientifica, che l'intendimento degli organizzatori non è preliminarmente né apologetico della dimensione giuridica (il che contravverrebbe alla più elementare regola di buona creanza per ogni padrone di casa), né polemico verso la 'nouvelle histoire' (che suonerebbe ridicolo disconoscimento degli indiscussi meriti di questa ammirevole avventura del pensiero umano). Si tratta, più semplicemente, di un tentativo di confessare (il termine è qui usato nella sua accezione civilistica e non già canonistica), di confessare pubblicamente quanto è restato inespresso fra le righe d'un programma, fra le pagine di tante ricerche concrete, accumulando negli operatori e nei lettori, siano essi storici o giuristi, riserve e malintesi; un tentativo di capire, di raggiungere il risultato d'un panorama critico più robusto per tutti i dialoganti.

In limine c'è insomma soltanto un'attenzione grande e un anticipato sentimento di rispetto per tutto quello che qui si dirà.

La 'nouvelle histoire', prefigurata — ai primi del secolo — nella 'Revue de synthèse historique' di Henry Berr, ha la sua epifania compiuta e matura nel complesso ma definito messaggio culturale di Febvre e di Bloch, tanto complesso ma tanto definito da esigere e da legittimare uno strumento continuativo di incontri e scontri come le 'Annales'. In quel messaggio affiorava, innanzi tutto, un disagio e un'esigenza: il disagio verso l'aduggiante positivismo ottocentesco ancora vitale negli anni venti, verso un mestiere di storico ridotto a fredda esegesi del documento scritto, verso la sepoltura archivistica del decifratore e descrittore di *cartulaires* (5); l'esigenza di sottrarre lo storico al culto unilaterale e monopolistico della *charte* per porlo in contatto con una gamma varia e viva di testimonianze del passato invocando, accanto alla presenza di un doveroso atteggiamento critico, l'apporto d'una umanità completa del ricercatore dove trovavano finalmente posto slancio, intuizione e fantasia (6). Il nemico da battere era l'esegesi in nome della comprensione del mondo di cui il documento era la traccia formale. L'imperativo nuovo spingeva a guardare dietro il documento per scoprire le trame, tutte le trame, di una società intiera e, più ancora, di una civiltà (7).

Parole grosse, ma che risuonano costanti negli scritti programmatici, vecchi e recenti, della 'nouvelle histoire'. Se il forma-

(5) La pagina forse più significativa resta la 'Leçon d'ouverture' al Collège de France che Lucien Febvre pronunciò il 13 dicembre 1933 e che ora — intitolata: *De 1892 à 1933 - Examen de conscience d'une histoire et d'un historien* — può comodamente leggersi in *Combats pour l'histoire*, Paris, 1953 (ne esiste la trad. italiana di C. Vivanti in *Studi su Riforma e Rinascimento e altri scritti su problemi di metodo e di geografia storica*, Torino, 1966).

(6) L. FEBVRE, *Vivre l'histoire - Propos d'initiation* (1941), in *Combats pour l'histoire*, cit. (trad. ital. di C. Vivanti, in *Studi su Riforma e Rinascimento*, cit.). Cfr. anche la prolusione di Fernand Braudel al Collège de France: *Posizioni della storia nel 1950*, ora in F. BRAUDEL, *Scritti sulla storia* (trad. ital. di A. Salsano), Milano, 1973.

(7) J. LE GOFF, *La nuova storia*, in *La nuova storia*, a cura di J. Le Goff (trad. ital. di T. Capra), Milano, 1980, p. 11.

lismo storiografico della ufficialità accademica francese — quella che dentro agli strali polemici si incarna nella figura di Charles Seignobos⁽⁸⁾ — sembrava insoddisfacente nel corrispondere a questo compito grave e demiurgico di impossessamento d'una realtà vitale, lo era per il perdurare d'un insieme di idoli falsi e falsanti: il feticcio 'politico', che attrae lo sguardo su quelle crisalidi di storia che sono gli accadimenti politici e militari; il feticcio 'individuale', che concepisce il palcoscenico storico gremito di individui come unici protagonisti; il feticcio 'cronologico', che irretisce la vita del passato nel meccanismo causale del prima e del poi⁽⁹⁾. Gli idoli venivano abbattuti e nuovi sentieri venivano accuratamente segnati: lasciare le sonorità del politico per l'effettività del sociale, calare dalla galleria statuarica dell'individuale alla straripante concretezza del collettivo; insistere piuttosto sul momento sincronico che su quello diacronico. In più, un richiamo continuo, che diventa quasi ossessivo negli scritti metodologici di Braudel, alla necessaria osmosi tra storia e scienze sociali, alla tributarietà della storia verso tutte le scienze sociali con il loro apparato di modelli culturali⁽¹⁰⁾. Per lo storico autentico, che è storico di

(8) L. FEBVRE, *Ni histoire à thèse ni histoire-manuel. Entre Benda et Seignobos* (1933), ora in *Combats pour l'histoire*, cit. Sulla 'Introduction aux études historiques' di Charles-Victor Langlois e di Charles Seignobos, un breviario metodologico della vecchia storiografia francese (1897), si veda quanto scrive BRAUDEL, *Posizioni della storia nel 1950*, cit., p. 36 ss.

(9) È la denuncia pronunciata, nel lontano 1903, in un saggio pubblicato sulla 'Revue de synthèse historique', dal sociologo François Simiand, da cui i 'nouveaux historiens' trarranno più di un motivo ispiratore; saggio che sarà ristampato sulle nuove 'Annales' nel 1960 (cfr. F. SIMIAND, *Méthode historique et science sociale*, in *Annales ESC*, XV (1960), p. 83 ss.). Si noti che la ristampa del '60 è giustificata dalla Redazione nel dichiarato intento di sottoporre il saggio all'attenzione dei giovani storici « pour leur permettre de mesurer le chemin parcouru en un demi-siècle, et de mieux comprendre ce dialogue de l'histoire et les sciences sociales, qui reste le but et la raison d'être de notre Revue ».

(10) Di Braudel si vedano soprattutto: *Unità e diversità delle scienze dell'uomo; Storia e sociologia; La demografia e le dimensioni delle scienze dell'uomo; Il passato spiega il presente*, saggi scritti intorno agli anni '60 e che hanno il significato d'una ricapitolazione metodologica del messaggio storiografico degli *Annalistes*. Vedili oggi comodamente e opportunamente raccolti in BRAUDEL, *Scritti sulla storia*, cit.

civiltà, il filtro deformante è la concatenazione degli *événements*, dei fatti imprigionati nella breve durata, delle « novità rumorose »⁽¹¹⁾, al di sotto delle quali la civiltà continua a scorrere con ritmi suoi propri, lentamente, o, addirittura, a permanere, come un fiume o un lago carsici poco influenzabili dalle vicende bizzarre della superficie. Il tempo delle civiltà è infatti non il breve periodo, « la più capricciosa, la più ingannevole delle durate »⁽¹²⁾, ma la lunga durata, la nicchia conveniente per il consolidarsi e l'assestarsi dei grandi ordinamenti del sociale⁽¹³⁾. A una visione della storia come rapido passare di azioni si sostituisce l'idea fondamentale di una storia 'lenta'⁽¹⁴⁾, di una storia 'pesante'⁽¹⁵⁾, o, nella provocatoria e paradossale immagine di Le Roy Ladurie, di una 'storia immobile'⁽¹⁶⁾.

Il richiamo alle scienze sociali è tranquillizzante per il giurista; egli si aspetta di essere fra i chiamati, può sperare in un ruolo da svolgere. La lezione della 'nouvelle histoire' è infatti una grande lezione di umiltà per lo storico, che depone ogni narcisismo, ogni autarchia, e guarda con attenzione e fiducia al di là del proprio terreno. Insegna Braudel: « La storia che difendiamo... vuol essere aperta sulle varie scienze dell'uomo, ed oggi quel che ci interessa, più che la storia stessa, è il complesso di queste scienze »⁽¹⁷⁾. E ancora: « a mio modo di vedere, tutte le scienze dell'uomo, senza eccezione, sono di volta in volta ausiliarie le

⁽¹¹⁾ BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La 'lunga durata'* (1958), oggi in *Scritti sulla storia*, cit., p. 60.

⁽¹²⁾ BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La 'lunga durata'*, cit., p. 61.

⁽¹³⁾ « [le civiltà] ... si inseriscono in un immenso movimento storico di lunghissima durata ... sopravvivono agli sconvolgimenti politici, sociali, economici e persino ideologici... » (BRAUDEL, *Il passato spiega il presente*, cit., p. 276).

⁽¹⁴⁾ BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La 'lunga durata'*, cit., p. 68.

⁽¹⁵⁾ BRAUDEL, *Posizioni della storia nel 1950*, cit., p. 42.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è al titolo della lezione inaugurale tenuta da Emmanuel Le Roy Ladurie al Collège de France il 30 novembre 1973. Cfr. E. LE ROY LADURIE, *L'histoire immobile*, ora in *Le territoire de l'historien*, II, Paris, 1978, pp. 7 ss.

⁽¹⁷⁾ BRAUDEL, *La demografia e le dimensioni delle scienze dell'uomo*, cit., p. 183.

une rispetto alle altre »⁽¹⁸⁾. E ancora: « noi storici dobbiamo intraprendere una serie di dialoghi con ciascuno dei grandi settori delle scienze dell'uomo... In primo luogo con la geografia... lo stesso dialogo si impone con i demografi... dialogo anche con la sociologia, con l'economia, con la statistica... »⁽¹⁹⁾. Altrove l'elenco puntiglioso e dettagliato si allarga ospitale per ricomprendervi la psicologia, la psicanalisi, l'etnologia, l'antropologia, la linguistica, perfino la cosiddetta matematica sociale⁽²⁰⁾.

Invano cercheremmo però uno spazio per il giuridico. Se si eccettua Bloch, la cui opera — e vi accenneremo fra un minuto — è indubbiamente contrassegnata da una crescente attenzione per il diritto, appena qualche richiamo in Febvre, mentre in Braudel si preferisce fare scarsissimi e sporadici cenni alla storia delle istituzioni, queste cortecce esterne del giuridico dove esso si fonde col politico e col sociale. Se il silenzio si rompe, è per segnare le distanze da « una storiografia giuridica troppo avulsa dal reale », troppo spesso fonte di asservimento e di isterilimento per molte tradizioni storiografiche⁽²¹⁾. Potremmo discutere questo troppo rigido giudizio, potremmo trovarlo condizionato da taluni esempi deteriori ingiustamente generalizzati, ma lo possiamo comprendere nella bocca del nostro amico Le Goff: storiografia giuridica si incarna per lui in uno stuolo di ricercatori *chartistes* dominati dal culto positivistico e forse anche formalistico del documento scritto, contabili della storia legati a forme, formule, nomi, liturgie, dati senz'anima, quasi dei fabbricanti d'ombre, lontani da una storia fatta di carne e di mentalità come quella auspicata dai programmi rinnovatori di Febvre e di Bloch.

Ciò che invece non riusciamo sinceramente a comprendere è la diffidenza programmatica e generale per il giuridico, la sua espunzione dal novero delle scienze sociali, la sua condanna all'esorcismo più umiliante: quello del silenzio. Soprattutto quando

⁽¹⁸⁾ BRAUDEL, loc. ult. cit.

⁽¹⁹⁾ BRAUDEL, *Il passato spiega il presente*, cit., p. 272.

⁽²⁰⁾ BRAUDEL, *Unità e diversità delle scienze dell'uomo*, cit., p. 94; P. ARIÈS, *Storia delle mentalità*, in *La nuova storia*, cit., p. 146 ss.; LE GOFF, *La nuova storia*, cit., p. 31 ss.

⁽²¹⁾ LE GOFF, *La nuova storia*, cit., p. 30.

si constata che da parte della 'nouvelle histoire' si maneggiano strumenti che sono intrinsecamente giuridici, realtà a più dimensioni di cui si pretende di valorizzare una sola. È giusto, come fanno Duby e altri storici, puntare lo sguardo sul rapporto di donazione come rivelatore di tante certezze di fondo del medioevo feudale⁽²²⁾, ma non è giusto esaminare e maneggiare quel rapporto soltanto alla luce delle pur illuminanti indagini etno-sociologiche di Marcel Mauss⁽²³⁾. La donazione come costruzione giuridica è in grado di offrire allo storico sociale chiarimenti e indicazioni penetranti. E lo stesso discorso vale per quegli atti della realtà quotidiana — contratti, testamenti, atti processuali — che imprigionano e serbano ed evidenziano nelle loro connaturali intelaiature giuridiche le tracce forse più vive delle istanze sociali che li hanno prodotti, tracce che tuttavia un esame non specificamente giuridico rischia di lasciare irrimediabilmente sfocate⁽²⁴⁾. E sia

(22) Si veda soprattutto di G. DUBY, *Le origini dell'economia europea. Guerrieri e contadini nel medioevo* (trad. ital. di V. Fumagalli), Bari, 1975, e soprattutto di questo libro il cap. III dedicato a 'gli atteggiamenti mentali'.

(23) Il classico saggio etno-sociologico di Marcel Mauss sul dono (M. MAUSS, *Essai sur le don, forme archaïque de l'échange*, in *Année sociologique*, N.S. I (1923)) costituisce una sorta di modello ispiratore e di punto di riferimento per molti dei nuovi storici.

(24) Penso soprattutto al ruolo che l'esame degli atti di disposizione *mortis causa* ha negli studi innovatori e intelligenti di M. VOVELLE, *Piété baroque et déchristianisation. Attitudes provençales devant la mort au siècle des lumières*, Paris, 1973, e *Mourir autrefois. Attitudes collectives devant la mort - XVIIe-XVIIIe siècles*, Paris, 1974; di P. ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Paris, 1977; di P. CHAUNU, *La mort à Paris aux XVIe et XVIIe siècles*, Paris, 1978; all'attenzione verso i contratti agrari nella ricostruzione del paesaggio agrario operata da Georges Duby (cfr. particolarmente, tra la ricca produzione di quest'autore dedicata alla vita delle campagne medievali, G. DUBY, *L'economia rurale nell'Europa medievale - Francia, Inghilterra e Impero (secoli IX-XV)*, Bari, 1966 (trad. ital. di I. Daniele); o all'attenzione verso l'istituto del matrimonio da parte dello stesso Duby (cfr. G. DUBY, *Il cavaliere, la donna, il prete: il matrimonio nella Francia feudale*, Bari, 1966, trad. ital. di S. Brillì Cattarini); all'esame minuzioso degli atti processuali penali fatto da Mandrou quali preziosi strumenti interpretativi di una 'structure mentale' (cfr. R. MANDROU, *Magistrats et sorciers en France au XVIIe siècle*, Paris, 1968). Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi a non finire.

consentito di aggiungere che l'analisi giuridica dell'usura (principio generale della teoria dei contratti) e di istituti come il cambio, le società commerciali, l'assicurazione, e via dicendo, avrebbe reso più intenso e più fondato il grande affresco braudeliano delle 'structures du quotidien' e degli 'jeux de l'échange', proprio perché il diritto è dimensione di quelle strutture e nerbo di quei giochi mercantili ⁽²⁵⁾.

Si avverte, invece, una quasi sempre sotterranea e inespressa ma precisa convinzione che il diritto non sia un atteggiarsi del sociale ma soltanto una patologia di questo, una sua innaturale cristallizzazione, un riscicchimento e un impoverimento della storia; anzi, di più, una forzatura della sua straripante ricchezza, una forma separata dalla sostanza della vita. Il diritto rischia di identificarsi con i causidici e i giudici grottescamente effigiati nelle litografie di Daumier, parassiti e non produttori di storia.

Ci sono nel confezionamento di questa immagine deformante gravi responsabilità dei giuristi, e pesa nello sfondo l'involuzione del diritto all'interno della società e della cultura moderne. L'involuzione è l'irretimento del diritto nei lacci del potere politico, la sua monopolizzazione da parte di questo, la riduzione della scienza e della giurisprudenza — ormai prive di un proprio momento politico — a un rango servile e subalterno. Le responsabilità, consequenziali a una simile involuzione, sono soprattutto l'appagamento con le briciole dell'esegesi, l'inevitabile formalismo, l'inevitabile isolamento.

Ma questo appartiene all'ieri; questa è la misura dell'*exégèse* ottocentesca quando lo scienziato civilista poteva bearsi di vedere nel Codice i limiti del proprio universo culturale ⁽²⁶⁾. E

⁽²⁵⁾ Cfr. *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIe siècle*, t. I. *Les structures du quotidien: le possible et l'impossible*; t. II. *Les jeux de l'échange*, Paris, 1979.

⁽²⁶⁾ Soltanto per il non-giurista mette conto di sottolineare qui che, con il nome di 'scuola dell'esegesi', si intende comunemente contrassegnare, da parte della storiografia giuridica, l'involuzione della *scientia iuris*, durante il secolo XIX, nei paesi a diritto codificato, subito dopo l'emanazione delle grandi Codificazioni. Una involuzione che vede il giurista abbastanza passivo sotto il peso schiacciante delle sistemazioni legislative, pago di dover lavorare con sottomissione entro i confini tracciati dal legislatore,

pure l'isolamento è alle nostre spalle⁽²⁷⁾, mentre il giurista pretende — non velleitariamente ma realisticamente — di partecipare alla costruzione della società, consapevole ormai della centralità del diritto nella società moderna. Io ho insomma il forte timore che la 'nouvelle histoire' si porti dentro una immagine falsata e antistorica di diritto, un cadavere che i giuristi hanno da tempo seppellito e con il quale, come cosa morta, non è lecito fare i conti⁽²⁸⁾.

Certamente, il giurista ha i suoi occhi e i suoi occhiali, ha i suoi strumenti di misurazione del mondo, il suo armamentario tecnico, cioè specifico e specialistico; il suo è un osservatorio autonomo da cui cogliere una dimensione relativamente autonoma del reale; e questo è inabdicabile, come è inabdicabile un tratto caratterizzante impresso nella sua individualità. Può darsi che sia que-

portavoce di esso ed anche aggiustatore tecnico delle sue contraddizioni. Al contrario di una dottrina medievale e postmedievale che soltanto di nome fu Glossa e Commento, e per la quale il testo romano — vecchio di secoli — corrispose soltanto a un momento di validità, a un appiglio autoritativo, assumendo essa, in piena coscienza creativa, i fatti nuovi a fonte reale del proprio discorso e a momento di effettività dell'edificio in costruzione.

(27) L'epicedio dell'«isolamento», è stato recitato nel 1934 da Fritz Schulz nei suoi significativi 'Prinzipien des römischen Rechts' (trad. ital. di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1946, p. 16 ss.), un libriccino come pochi altri consegnato nella nicchia di una data.

(28) Basterebbe evocare, in Francia, nei primi decenni di questo secolo, la personalità ricca e dirimpante di François Geny, che è, professionalmente, per lunghi anni insegnante di diritto civile nella Università di Nancy, ma il cui messaggio si colloca esattamente all'opposto dei canoni metodologici della scuola dell'esegesi nella tensione che lo domina a un recupero d'un ruolo creativo del giurista, nella consapevolezza che il diritto è connesso alla ricchezza della vita e della storia e che il giurista a null'altro deve cercar di giungere se non « au centre du grand mystère du droit ». Quando il diritto è un mistero, significa che è collocato nelle realtà più profonde della società e che il giurista può individuarne le radici scavando ben oltre lo spessore minimo della legge, dell'atto amministrativo, dell'artificio e del velame delle forme. Quando il diritto è mistero, l'esegesi non può che vanificarsi. Il mistero esige comprensione, non spiegazione (la frase od ora riportata si trova in F. GENY, *Science et technique en droit privé positif - Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, Paris, 1922², p. 11.

sto che ripugna ai nuovi storici: innamorati della globalità dell'esperienza, tesi ad abbattere le frontiere fra specialisti⁽²⁹⁾, essi hanno come interlocutore privilegiato il sociologo in quanto scienziato della società come fatto globale (chi non ricorda il colloquio fitto, ieri, fra Bloch e Febvre e François Simiand, oggi, fra Braudel e Gurvitch? ⁽³⁰⁾), ma non dovrebbero precludersi la messa a fuoco che del sociale compie il diritto ora completamente recuperato alle trame della civiltà. Ignorare il diritto appare operazione culturalmente negativa, perché è un semplicismo riduttivo di fronte alla complessità del reale⁽³¹⁾, di cui — lo si voglia o non — quello è parte integrante; *per oppositum* fa il paio con la *Isolierung* dei vecchi giuristi, che nessuno si sentirebbe oggi di condividere. Per giunta, trova gli *Annalistes* in contraddizione con se stessi, con la loro sensibilità per la civiltà come coralità. Al contrario, per molti aspetti è il giurista il loro interlocutore privilegiato, e non deve tardare un dialogo con lui, fruttuosissimo nella previsione. Molte scelte di fondo li accomunano, e se ne può redigere fin da ora un rapido inventario.

In primo luogo, la diffidenza per l'*événementiel*, per ciò che accade nel rapido vortice del quotidiano. Il giuridico non alligna nel quotidiano, non si esaurisce mai alla superficie d'una realtà, ma è sempre la punta affiorante d'una radicazione profonda, che pesca nel profondo d'una civiltà. Il diritto o è valore d'una civiltà o non è. Il cavillo partigiano dell'avvocato, la costruzione artificiosa del

⁽²⁹⁾ Vedi la pagina didascalica di BRAUDEL, *Il passato spiega il presente*, cit., p. 273.

⁽³⁰⁾ Braudel scrive un capitolo introduttivo al 'Traité de sociologie' diretto da Gurvitch (cfr. *Traité de sociologie* publ. sous la dir. de G. Gurvitch, t. I, Paris, 1958, chap. I, IV - *Histoire et sociologie* par Fernand BRAUDEL - trad. ital. di L. Solaroli, Milano, 1967). Testimonianze di questo colloquio fra il sociologo e lo storico sono i saggi di Gurvitch su *Continuité et discontinuité en histoire et sociologie* (in *Annales ESC*, XII (1957), p. 73 ss.) e su *La multiplicité des temps sociaux* (Paris, 1958), nonché di Braudel su *Georges Gurvitch ou la discontinuité du social*, in *Annales ESC*, VIII (1953), p. 347 ss.

⁽³¹⁾ Quella complessità del reale che è di fronte a ogni 'nuovo storico', quando ripete fino alla monotonia, a se stesso e agli altri, il richiamo alla globalità della società e alla storia come storia 'totale' (ottime le pagine di LE GOFF, *La nuova storia*, cit., p. 10 ss.).

dottore, la legge insensata del tiranno sono la maschera scimmiesca del diritto, sono la sua epifania aberrante e mostruosa, che nulla hanno a spartire con quell'armonico ordinamento del sociale radicato nel costume e nei suoi valori, a cui il diritto consegna il suo volto più autentico.

In secondo luogo, l'attenzione per la lunga durata. Essa è il tempo reale del diritto, perché è il tempo degli strati profondi, del livello più stabile, dove lo *ius* ha le sue radici, dove il moto è il movimento immobile dei ghiacciai, dove si fondano valori, costume, mentalità. Ai nuovi storici che amano insistere sui termini di 'civiltà' e di 'mentalità' ⁽³²⁾ connettendoli strettamente, io vorrei dire: il diritto è innanzi tutto una mentalità, gli istituti giuridici sono innanzi tutto una mentalità. Avvengono le cosiddette rivoluzioni, mutano i volti dei governanti e le loro ideologie, gli uomini nascono e muoiono, ma la permanenza della mentalità giuridica continua — storia pesante, storia lenta — penetrata nei cromosomi delle generazioni e scritta nelle cose. Dal Medioevo all'Età moderna, dall'antico regime alla Rivoluzione giacobina alla Restaurazione: lo storico del diritto, al di sotto delle apparenze

(32) Il discorso è talvolta scopertissimo in approcci critici generali (come in G. DUBY, *La féodalité? Une mentalité médiévale*, in *Annales ESC*, XIII (1958)), ma la ricerca è sostanzialmente condotta dall'osservatorio della storia delle mentalità già nelle indagini più classiche della scuola come 'i re taumaturghi' di Bloch (M. BLOCH, *Les Rois thaumaturges. Etude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale*, Strasbourg, 1924) o il 'Rabelais' di Febvre (L. FEBVRE, *Le problème de l'incroyance au XVIe siècle: la religion de Rabelais*, Paris 1942). Ed è la storia delle mentalità, sia pure vista con toni ed angoli d'osservazione differenti, il legame nascosto che unisce sotterraneamente due personalità tanto diverse come Febvre e Huizinga e che motiva la tensione simpatetica dello stesso Febvre e di Braudel verso l' 'Autunno del Medioevo' (« un livre qui n'a pas eu en France... toute la fortune qu'il méritait... un beau livre », proclama Lucien FEBVRE, giudice generalmente non tenero: *Comment reconstituer la vie affective d'autrefois? La sensibilité et l'histoire* (1941), ora in *Combats pour l'histoire*, cit., p. 226 ss., trad. ital. di C. Vivanti in *Studi su Riforma e Rinascimento*, cit. e di A. Salsano, in *Problemi di metodo storico*, a cura di F. Braudel, Bari, 1973). Sulla storia delle mentalità le migliori messe a punto sono quelle di J. LE GOFF, *La mentalità: una storia ambigua*, in *Fare storia*, a cura di J. Le Goff e P. Nora, Torino, 1974 (trad. ital. di I. Mariani) (con ampia bibliografia) e di ARTÈS, *Storia delle mentalità*, cit.

mutevoli, ha i suoi inventari folti di persistenze come di cambiamenti. E non se ne stupisce; sa perfettamente che il suo tempo non è quello degli orologi delle torri e delle case; è segnato da un altro corso, altro perché di altra scansione, di altra qualità. È la lunga durata, di cui Fernand Braudel ci ha parlato in modo tanto efficace e suggestivo.

In terzo luogo, il fastidio per una cronologia sradicata e, accanto, il fastidio per l'idolo delle origini, la particolare attenzione, invece, al momento sincronico. Legato com'è ai valori irripetibili d'una civiltà l'universo del giurista è segnato dai confini dell'esperienza che su quella civiltà si è svolta. Ai suoi occhi il problema della 'continuità', vecchio e mai soppresso vizio della storiografia positivista, odora di formalismo nel modo schematico e superficiale com'è stato tradizionalmente posto, e sa di scorrettezza un problema delle origini inteso come un saltellio ingenuo da un clima storico all'altro sulla traccia d'un vocabolo, d'una forma esteriore o di chi sa quale altro fantasma.

Non credo di costruire io forzosamente, per l'occasione, queste assonanze, queste concordanze, questa grande alleanza sostanziale, che altre e numerose puntualizzazioni potrebbero avvalorare; né credo di far miei atteggiamenti apologetici. L'alleanza fra storia sociale e diritto è nelle cose e, se alcunché l'ha impedita, è stato un nodo di equivoci, di malintesi, di false rappresentazioni. Che così sia, che così possa essere, sta a dimostrarlo la testimonianza di Marc Bloch, rinnovatore e costruttore, il sodale di Febvre, il co-fondatore delle 'Annales'. Il suo itinerario scientifico è illuminante: dal 1924, anno dei 'Rois thaumaturges', al 1929, anno dei 'Caractères originaux de l'histoire rurale française', al 1939-40 anni della 'Société féodale', può essere correttamente interpretato come una sempre più viva e intensa presa di coscienza della centralità della dimensione giuridica nel pieno del sociale. Il punto d'arrivo⁽³³⁾: quel miracolo di comprensione storica che è la

(33) Converrà anche ricordare quella pagina della *Apologia della storia o mestiere di storico*, Torino, 1969⁴ (trad. ital. di C. Pischedda), pp. 130-131, nella quale Bloch, quasi dialogando con se stesso, quasi riflettendo a fior di labbra, quasi rigirandosi tra le mani questo frutto misterioso e scomodo che è il diritto, arriva, lui storico sprovvisto di specifica preparazione

‘ Società feudale ’, un volume che non esiterei ad adottare come libro di testo per i miei corsi di storia del diritto medievale, volume evocatore d’un mondo complesso, sfaccettato, variissimo, ma colto intorno a un nucleo giuridico, il feudo, « un mode de possession des biens réels » ⁽³⁴⁾.

Le strade della nuova storia nel largo territorio del sociale e del collettivo possono essere per un buon tratto anche le nostre. Purché il gusto, che dal collettivo, cioè dal macro-sociale, scende al micro-sociale, non ci porti in uno spazio dove è più difficile discernere storia e meta-storia. Siamo grati agli *homines novi* delle ‘ Annales ’ di averci ricordato che la storia d’un castello feudale non si identifica con la cronistoria delle battaglie combattute e vinte dal Signore, giacché il castello è la convivenza d’un ordinato complesso di uomini e cose; ma non si identifica nemmeno con la storia del pollaio situato nel cantuccio della bassa corte. Il pollaio appartiene a quell’infra-quotidiano che è la misura esattamente opposta alla lunga durata, una misura situata al di fuori dell’orizzonte del giurista, ma senza dubbio anche dello storico ⁽³⁵⁾.

È questo un inventario di riflessioni, un ragionare a fior di labbra rammemorando letture ed esperienze; è un’agenda di problemi per il nostro dibattito. Ne vogliamo aggiungere — chiudendo — uno ulteriore.

giuridica ma tanto provvisto di intelligenza e di sensibilità culturale, a cogliere l’autonomia del giuridico nel sociale.

⁽³⁴⁾ La terminologia, che forse potrebbe far storcere il naso a un giurista esigente e rigoroso perché tecnicamente approssimativa *ma che è giuridica*, si trova nella prima pagina della ‘ Introduzione ’. La nostra interpretazione dello splendido volume blochiano diverge pertanto da quella — assai più stemperata — che ne dà Le Goff (cfr. *La nuova storia*, cit., p. 19).

⁽³⁵⁾ Il riferimento, palese, è a tutte quelle ricerche, sempre più numerose negli ultimi anni, che, muovendo da un lodevole gusto per il concreto, hanno ecceduto in zelo, e, dalla concretezza del sociale che è sempre all’insegna della complessità, son passate ad analisi particolari e frazionistiche delle molecole singole del concreto, abbandonando necessariamente il terreno del sociale per rifugiarsi sempre più nel limbo poco ossigenato delle curiosità meta-storiche.

Il senso del discorso è sostanzialmente l'invito a un dialogo fra storico sociale, storico del diritto e giurista, un dialogo che dovrebbe approdare a un recupero del giuridico alla tavolozza di quel disegnatore ricco di colori e di toni che è il 'nuovo storico'. Al fondo sta la convinzione che il diritto è una delle trame naturalmente innervate nel tessuto d'una civiltà. L'invito, il recupero, in questi termini metodologici generali, ha una sua fondatezza e correttezza, ma esige di essere verificato nel concreto dei vari climi storici, di essere misurato al ruolo che il diritto ha effettivamente svolto all'interno delle singole società e culture. E mi fa piacere di scorgere in questa sala antichisti, medievisti e modernisti, perché la loro voce potrà diversificarsi a seconda della maggiore o minore centralità di quel ruolo, a seconda della intensità del nesso fra sostanza d'un'esperienza storica e ordinamento giuridico.

Tanto per restare al terreno che più mi è familiare, non possono non essere diversificate le voci del medievista e del modernista. La civiltà medievale è civiltà giuridica nel senso che uno spazio decisivo nella sua architettura progettuale compete al diritto, entro i suoi confini un indubbio primato epistemologico spetta alla *scientia juris* e ad essa si guarda con attenzione e rispetto da parte di ogni intellettuale; il giurista è uomo di progetti, è al centro della città che lo nutre e lo alleva come cellula portante; siede nel Palazzo come naturale depositario del potere e colloquia coi dotti, lui primo fra i dotti, quale interlocutore privilegiato. Quando, nel pieno dell'età moderna, questo sfaccettato e pluralistico assetto socio-politico e culturale viene abbandonato per una concezione monopolistica e assorbente del potere politico, il diritto passa da nervatura della intera società civile (alla cui produzione l'intera società civile concorre) ad uno dei meccanismi essenziali del potere, mentre si deforma sensibilmente e si stravolge il vecchio rapporto fra diritto e mondo circostante. L'assolutismo giuridico dell'età liberale percepisce l'enorme valore — *stricto sensu* politico — del diritto, lo lega al potere e alla classe detentrici come prezioso *instrumentum regni* più di quanto si fosse mai fatto per il passato, mortifica il giurista a ripetitore della sola voce del legislatore. Al giuridico si assegna il ruolo infinitamente minore di fungere da apparecchio ortopedico per le claudicanze del

legislatore e ai giuristi il non-ruolo di suggeritori di espedienti grammaticali.

Diversità di paesaggi storici, diversità di atteggiamenti del giuridico. Sul tema, che oggi ci riunisce, c'è un ventaglio ricco di problemi, di quesiti e di possibili risposte, che si dischiudono all'indagatore. So fin d'ora che di questa ricchezza il nostro dibattito saprà far tesoro. Ne ringrazio in anticipo relatori e partecipanti, mettendomi con impazienza in ascolto.

Relazioni

JACQUES LE GOFF

HISTOIRE MEDIEVALE ET HISTOIRE DU DROIT: UN DIALOGUE DIFFICILE

Le principal péché des historiens vis-à-vis de l'histoire du droit est l'ignorance. Je n'échappe pas à cette déficience du médiéviste généraliste. Les carences de mon exposé résultent donc autant de lacunes involontaires que de choix.

Mon propos — très limité — est d'essayer d'éclairer les raisons des difficultés du dialogue aujourd'hui — notamment en France où l'histoire du droit n'a plus l'importance qu'elle me paraît conserver en Italie à cause de sa longue tradition de science universitaire juridique — entre historiens « purs » et historiens du droit. Je voudrais en montrer quelques causes objectives, institutionnelles et historiques mais examiner aussi sans acrimonie ni complaisance des motifs plus subjectifs — quoique collectifs — d'éloignement entre les deux groupes: préjugés invétérés des historiens à l'égard des historiens du droit et plus généralement des juristes mais aussi indifférence de ceux-ci à l'égard de la problématique et du questionnement des historiens. Enfin je voudrais évoquer les risques mais surtout les chances et les avantages du développement aujourd'hui et demain d'un dialogue et même d'une collaboration entre historiens médiévistes et historiens du droit médiéval.

Il n'est ni dans ma compétence ni dans mes intentions d'esquisser l'histoire du droit médiéval dans le passé récent mais je voudrais saluer l'ouvrage qui, à mes yeux, domine l'histoire du droit médiéval, même s'il concerne surtout l'Italie et s'il n'a plus sur certains points qu'un intérêt historiographique. Il s'agit, bien entendu de *Medio Evo del Diritto* (le seul volume, I, hélas!) de Francesco Calasso (1954).

Une fois constaté le fait indéniable: il y a mauvaise connaissance réciproque, peu de relations et encore moins de collaboration entre historiens médiévistes et historiens du droit médiéval, il faut s'interroger: pourquoi? Je m'inspirerai surtout du cas français.

Sont d'abord responsables: les institutions et l'histoire. Dans l'organisation universitaire droit et histoire ont été longtemps séparés dans des Facultés différentes et la nouvelle structure universitaire depuis 1968 n'a guère modifié cet éloignement. L'histoire du droit restant associée au droit, la distance est grande entre l'enseignement de l'histoire et celui de l'histoire du droit.

De plus les cursus universitaires sont très différents. En histoire, on passe par la licence puis la maîtrise, éventuellement l'agrégation et la thèse de doctorat nécessitant en général une longue — trop longue à mes yeux — préparation. Aujourd'hui une nouvelle thèse plus courte mais plus sérieuse que la thèse de troisième cycle vient d'être instituée. Le droit est malheureusement presque entièrement absent des études historiques universitaires.

Du côté de l'enseignement du droit la situation est inverse et aussi peu satisfaisante. Les futurs historiens du droit doivent passer une licence, une maîtrise, une thèse assez courte et de qualité inégale — le tout portant sur l'ensemble du droit et acquis à partir d'un enseignement orienté essentiellement vers les professions juridiques ou juridico-administratives et juridico-économiques. Le couronnement des études de droit est une agrégation, mais très particulière. L'histoire du droit est une des cinq agrégations de droit possibles mais elle intervient après une spécialisation tardive et se heurte, sauf exception, au mépris des universitaires juristes, sauf exceptions, pour les collègues historiens du droit. Il y toutefois un certain nombre de thèses de l'histoire du droit de qualité qui se consacrent entièrement ou partiellement à l'histoire des institutions et des faits sociaux mais c'est un domaine où les historiens aussi sont compétents alors que ce qui nous intéresse le plus c'est le point de vue juridique, les notions proprement juridiques qui réclament une formation spécifique. De plus l'évolution est catastrophique: la part de l'histoire du droit diminue dans les études du droit et l'enseigne-

ment du droit romain a presque disparu. Il y a concentration massive sur le droit moderne et contemporain.

Une distance entre histoire et droit a été aussi créée par le passé des insitutions et des disciplines.

Même si le Moyen Age a eu plus des sens historique qu'on ne le croit généralement⁽¹⁾, il reste que l'histoire n'a pas été une discipline universitaire avant le XIXe siècle⁽²⁾. Le droit, au contraire, s'il ne fait pas partie des *artes liberales*, a suscité la naissance de la plus vieille université au XIIè siècle, Bologne, et le Moyen Age a créé deux variétés de droit correspondant aux deux grands pouvoirs dans la société: le pouvoir ecclésiastique d'où le droit canonique, le pouvoir laïc d'où le droit civil, l'un et surtout l'autre subissant à partir des XII-XIIIe siècles l'influence de la renaissance du droit romain — sans compter le droit coutumier dont je reparlerai.

Après 1968 on a pu s'attendre à quelques progrès, des universités s'étant structurées selon un modèle qui paraissait ouvrir la voie à l'interdisciplinarité. Mais les vieilles habitudes corporatistes ont résisté. Pour ne prendre qu'un exemple, dans une des meilleures universités françaises de sciences sociales, au nom prometteur Paris Panthéon-Sorbonne-Paris I, il a été récemment impossible de mettre sur un pied un enseignement pluridisciplinaire de formation initiale à la recherche, surtout parce que juristes et économistes ont voulu rester à part des historiens et des géographes.

Les historiens français, dans leur ensemble, s'intéressent peu au droit et à son histoire. Le droit leur apparaît soit comme un phénomène normatif et leur préjugé est que le normatif est stable, donc hors de l'histoire, soit comme un ensemble de recettes et de cas qui échappe au domaine de la science supérieure. A partir du moment où l'histoire universitaire — et de plus en plus « scientifique » — se développe (le début du XIXe siècle) elle oublie le droit. Ceux qui ne l'oublient pas sont bientôt oubliés eux-mêmes

(1) GUENÉE (B.), *Histoire et culture historique dans l'Occident médiéval*, Paris, 1980.

(2) BORST (A.), *Geschichte an mittelalterlichen Universitäten*, Constance, 1969.

par l'historiographie. Comme l'a bien vu Alain Guerreau c'est le cas de Fustel de Coulanges (1830-1889) qui semble revenir à la mode (mais c'est le Fustel de *La cité antique* et non de *Histoire des institutions de l'ancienne France*) et de Jacques Flach, auteur d'un important ouvrage nourri de préoccupations juridiques sur *Les Origines de l'ancienne France* (1886-1917) ⁽³⁾.

Il y a certes un grand précurseur qui a pourtant usé d'un vocabulaire aujourd'hui très démodé dans cet essai original et pénétrant, écrit, dirait-on aujourd'hui, dans une perspective ethno-juridique: *Origines du Droit Français cherchées dans les Symboles et Formules du droit universel* (1837) inspiré par *Les Antiquités du droit allemand* (*Rechtsalterthümer*) de Jakob Grimm (1828). Mais le cas de Michelet est unique.

En France les progrès de l'histoire du droit ne sont pas venus de l'histoire, pourtant mère, en France, des sciences sociales. Ils ont été stimulés par la philosophie (Montesquieu), la sociologie (Durkheim, Henri Lévy-Bruhl, Gabriel Le Bras), les humanités (l'helléniste Louis Gernet).

L'exemple de Lucien Febvre est significatif. Il avait appelé des juristes à la VI^e Section de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes dès sa création en 1947: Gabriel Le Bras et Henri Lévy-Bruhl mais surtout, plus que des juristes ethnologues, des juristes économistes. En 1953 il reçut sous forme de *Mélanges* les deux volumes de *L'Eventail de l'Histoire vivante* « offert par l'amitié d'Historiens, de Linguistes, de Géographes, d'Economistes, de Sociologues, d'Ethnologues ». De juristes « purs », d'historiens du droit, point.

J'évoquerai rapidement sur quelques thèmes précis les méfaits, parmi les historiens de l'ignorance du droit.

Le pèlerinage est un phénomène fondamental et la société médiévale par ses aspects quantitatifs, par ses traits économiques et sociaux, par sa place dans la religiosité et dans le système de valeurs. Il a été bien étudié du point de vue des itinéraires, de la dévotion, de son impact sur l'architecture et sur l'art. Récemment, sous l'impulsion d'Alphonse Dupront, il est devenu un

(3) GUERREAU (A.), *Féodalisme: un horizon historique*, Paris, 1980.

observatoire privilégié de l'anthropologie du sacré au Moyen Age. Mais la législation du pèlerinage, si importante pour tant de comportements et pour l'établissement d'une chronologie de l'errance pieuse, si intéressante quand elle se particularise en règlements de croisade, prend place dans le droit canon comme type de pénitence, permet d'identifier le statut du pèlerin dans la société, a insuffisamment retenu l'attention des historiens.

F. Garrisson a pu à bon droit écrire: « Dans l'impressionnante série de travaux consacrés aux pèlerinages, le statut pélerins ne tient qu'une place modeste... Si nos besaciers jouissaient d'une sécurité protégée et disposaient de prérogatives avantageuses, leur status pris dans son ensemble ne les séparait guère de tous ceux qui, faibles ou isolés, retinrent assez tôt la sollicitude des pouvoirs établis ». Il signale qu'il y avait un décalage entre l'*ordo peregrinorum* et la *lex peregrinorum* « aux aspects fort composites ». D'où un comparatisme nécessaire et qui serait éclairant entre droit des pèlerins, droit des étrangers, puis droit des croisés et droit des marchands. Les hommes de la route ne se sont pas déplacés selon un pur vagabondage mais un droit spécifique les encadrait. Quant aux historiens du droit ils ont, selon F. Garrisson été « trop attentifs aux seules perspectives du *ius mercatorum* » et « ont peut-être méconnu la place ou l'importance qui, bien antérieurement à lui, revient à la pratique de la *lex peregrinorum* ». Les coutumes des pèlerins avaient été fixées tôt, en particulier à l'époque carolingienne, mais la condition pélerine avait été ignorée de Gratien⁽⁴⁾.

De même à propos du culte des reliques, une autre dévotion fondamentale du Moyen Age et des époques postérieures, l'excellente thèse de Nicole Herrmann-Mascard⁽⁵⁾ a eu peu de diffusion chez les historiens. Ici encore ce culte n'a pas été livré anarchiquement à la piété des fidèles, au zèle publicitaire des moines et des clercs. Il a fait l'objet de transactions commerciales, de procédures

(4) GARRISSON (F.), *A propos des pèlerins et de leur condition juridique*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, Paris, 1965, t. II, p. 1165-1189.

(5) HERRMANN-MASCARD (N.), *Les Reliques des Saints. Formation coutumière d'un droit*. Coll. d'Histoire Institutionnelle et Sociale publiée par la Société d'Histoire du Droit, vol. 6, Paris, 1975.

d'authentification, a été troublé par des vols comme l'a bien montré Patrick Geary⁽⁶⁾.

Parmi les concepts juridiques ignorés ou mal compris par les historiens, il y a, par exemple, si essentiel au Moyen Age, celui de *saisine*. En quelques pages la remarquable *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, (1985), de Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, vient d'en rappeler l'importance, d'en déplorer la méconnaissance, d'en décrire les caractéristiques principales⁽⁷⁾. La saisine permet de comprendre la conception médiévale de la *possession*, différente de la notion de *propriété*, que le droit romain ne réintroduira que lentement, difficilement et imparfaitement.

Les grand tort des historiens c'est une indifférence non seulement au droit comme domaine de la vie sociale et culturelle et à l'évolution de ce domaine mais plus encore comme élément fondamental de la structure et de la vie des sociétés, ce que Cinzio Violante appelle judicieusement la « dimensione giuridica ».

Au Moyen Age nul n'était censé ignorer le droit, comme nous disons aujourd'hui « nul n'est censé ignorer la loi ». Philippe Delhaye a vu dans l'insistance mise à partir du XIIIe sur la gravité de « *l'ignorantia iuris* » et dans les nouvelles attitudes exigées à l'égard du droit, un faible écho des doctrines théologiques de péché (Abélard) et de la nouvelle manière de confession. Thomas d'Aquin tient cette ignorance pour un péché: « Tout le monde est tenu de savoir en général les vérités de la foi et les grands

(6) GEARY (P.J.), *Furta Sacra. Thefts of Relics in the Central Middle Ages*, Princeton, 1978.

(7) « L'idée de saisine est essentielle à la compréhension de l'ancien droit. Elle a été trop souvent négligée, dissimulée ou obscurcie par les commentaires qu'elle a suscités. Elle donne portant leur cohérence aux dispositions des coutumes, qu'il s'agisse du droit des biens, des successions, du statut de la famille ou des communautés villageoises. Entre le réalisme coutumier de la saisine et la précision savante donné par les romanistes du droit de propriété, le conflit étant irréductible: deux conceptions du droit deux logiques s'opposaient. Au contraire, une conciliation était possible entre saisine et possession: l'une et l'autre sont fondées sur une situation de fait... Un droit ne peut être affirmé ou transmis que sous la forme d'une saisine » (p. 206-209).

principes de la loi et chacun en particulier ce qui regarde son état et sa fonction... A cause donc d'une négligence de cette sorte l'ignorance des choses qu'on est tenu de savoir est un péché » (*Somme Théologique* I^a II^{ae} q. 76 a. 2).

Ce que les historiens reprochent aux historiens du droit vient parfois d'*a priori*, d'une ignorance ou d'une mauvaise lecture de leurs oeuvres, mais souvent n'est pas dénué de tout fondement.

Un premier reproche vient de la tendance de certains historiens du droit à professer une conception impérialiste et universelle du droit. Or ni l'histoire ni le droit ne sont comme beaucoup le pensent encore et comme certains l'écrivent, des notions éternelles et communes.

A. Tunc signale que l'omnipotence du droit est un phénomène occidental et que des civilisations plus anciennes, et notamment asiatiques non seulement l'ignorent mais y sont hostiles. Des règles éthiques, des rites de la vie sociale remplacent avec plus de souplesse et selon un jeu plus subtil les contraintes juridiques (8).

Cette constatation ne fait que renforcer la nécessité de confronter le droit avec les idées, les mentalités, les comportements et de le replacer dans l'espace et le temps, c'est-à-dire les aires culturelles et l'histoire.

Même en Occident, dans l'aire culturelle la plus importante, l'indo-européenne, il n'y a pas de conception unitaire du droit. Franco Cordero insiste sur le rôle des coutumes à l'origine du

(8) « L'idée que le droit puisse et doive tout régir n'es pas partagée par tous. Dans le monde occidental, certes, l'homme attend de chacun de ses gestes qu'il soit juridiquement « défendu » ou « permis ». Dans de vieilles sociétés pourtant, le droit, loin de tout régir, est totalement effacé devant les devoirs, les usages, et les rites... C'est dans les plus vieilles civilisations, en Chine au Japon, et, plus généralement en Asie, que le mépris du droit est le plus profond. « Pour les Japonais honnêtes, écrit Y. Noda, le droit apparaît comme une chose indésirable, voire détestable, dont il est souhaitable de s'éloigner autant que possible ». Les obligations morales et sociales, les rites de la vie en société sont suffisamment puissants pour que les règles juridiques apparaissent inutiles et choquantes par leur vulgaire brutalité ». (*Encyclopedia Universalis*, vol. 5, 1971, article *Droit*, p. 796).

droit des Indo-Européens et sur l'absence d'un terme-matrice pour le droit chez les différents peuples qui en proviennent ⁽⁹⁾.

Emile Benvéniste apporte des précisions sur cette diversité indo-européenne.

Il parle de « spécification juridique » mais souligne que les termes pour le droit sont « propres à chaque langue » ⁽¹⁰⁾. Mais il y a dès l'origine un concept commun, juridique, religieux et moral à la fois, celui *d'ordre* ⁽¹¹⁾.

A l'intérieur d'une même langue, d'une même culture il y a plusieurs termes pour le concept dont dépend le droit, celui de *justice*. Ainsi chez les Grecs *thémis* qui « indique la justice qui s'exerce à l'intérieur du groupe familial » et *diké* « qui règle les rapports entre les familles » ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Se fondant sur l'ouvrage de Rudolf Thering, *Vorgeschichte der Indoeuropäen* (1894). Franco Cordero affirme: « nell'area linguistica indo-europea manca una matrice comune ai vocaboli che significano "diritto" » et il en tire la conséquence suivante: « l'esperienza giuridica ha la sua fonte originaria nella sfera dei comportamenti, la cui iterazione continuata (consuetudine) collegata con il sacro e il magico, dà origine a formule che rappresentano i modelli da ottemperare » (*Enciclopedia Einaudi*, article *Diritto*, p. 895 sqq).

⁽¹⁰⁾ « Comment connaissons-nous l'organisation juridique de la société indo-européenne? Y a-t-il un terme qui, dès l'époque commune, désigne le droit? A une question ainsi posée, impliquant à la fois la généralité de la notion et la totalité des langues, il semble qu'on doive répondre non. Il y a bien des termes pour le "droit", mais ils sont propres à chaque langue. Cependant les principaux se relient à des éléments du vocabulaire commun et peuvent attester déjà une spécification juridique remontant à l'époque indo-européenne » BENVENISTE (E), *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2, Paris, p. 99.

⁽¹¹⁾ « On peut poser, dès l'état indo-européen, un concept extrêmement important: celui de l' "ordre". Il est représenté par le védique *orta*, iranien *arta* (avestique *āša*, par une évolution phonétique particulière). C'est là une des notions cardinales de l'univers juridique et aussi religieux et moral des Indo-Européens: c'est l' "Ordre" qui règle aussi bien l'ordonnance de l'univers, le mouvement des astres, la périodicité des saisons et des années que les rapports des hommes et des dieux, enfin des hommes entre eux. Rien de ce qui touche à l'homme, au monde, n'échappe à l'empire de l' "Ordre". C'est donc le fondement tant religieux que moral de toute société; sans ce principe, tout retournerait au chaos », *Ibid.*, p. 1.

⁽¹²⁾ « A la notion de *thémis* fait pendant celle de *diké*. La première

Autre problème la racine *deik* — qui donne *deiknumi* (d'où *dikè*) en grec et *dico* en latin signifie dans le premier cas « montrer » et dans le second « dire ». Comment est-on passé de montrer à dire? (13).

La *dikè* d'ailleurs n'était à l'origine qu'un « usage », une « manière d'être ». Cette « coutume » est devenue institutionnelle et obligatoire pour donner naissance à l'idée de « justice » (14).

Enfin *jus* qui désigne le *droit* en latin était primitivement lié à l'idée de « jurer », à celle de *serment* et c'est la formule du serment à prononcer « mot pour mot » qui a amené à l'idée de règle, d'obligation (15). De même l'arbitre (*arbiter*) à la fois *témoin* et *arbitre* est devenu, dans certains cas un juge, « un *iudex* impartial et souverain ».

Le droit n'est pas premier, mais arrive au terme d'une longue évolution de pratiques qui finissent par déboucher sur l'obligation et l'institution juridique.

Les historiens médiévistes reprochent aussi aux historiens du droit un trop fréquent usage d'un vocabulaire anachronique et une insuffisante réflexion sur la terminologie médiévale du droit, sur l'unité et la diversité du droit médiéval et sur la typologie de ce droit quant à ses oppositions traditionnelles.

indique la justice qui s'exerce à l'intérieur du groupe familial; l'autre, celle qui règle les rapports entre les familles », *Ibid.*, p. 107.

(13) « Si l'accord de l'indo-iranien et du grec donne le droit de considérer comme premier le sens de "montrer" par rapport à celui de "dire", il n'en résulte pas que la transition de "montrer" à "dire" soit aisée à restituer. C'est déjà là un premier problème », *Ibid.*, p. 108.

(14) « Dès lors cette formule que fixe le sort et l'attribution est devenue en grec la "justice" même. Mais la notion éthique de *justice*, telle que nous l'entendons, n'est pas incluse dans *diké*. Elle s'est peu à peu dégagée des circonstances où la *diké* est invoquée pour mettre fin à des abus. Cette formule de justice devient l'expression de la justice même, quand la *diké* intervient pour mettre fin au pouvoir de la *bia*, de la force. La *diké* s'identifie alors avec la vertu de justice — et celui qui a la *diké* pour lui est *dikaïos* "juste", *Ibid.*, p. 110.

(15) « Que signifie donc en propre ce mot *ius*? Ici persiste une étrange obscurité. On sait bien que *ius* désigne « le droit »; mais ce sens lexical ne nous livre par la signification véritable du terme. Et si nous cherchons celle-ci dans la relation entre *ius* et ses dérivés, nous rencontrons un nouveau problème: le verbe de *ius* est *iuro* "jurer" », *Ibid.*, p. 111.

Pourquoi, dans les langues romaines le base-latin *directum* a-t-il triomphé de *ius*? Et pourquoi l'allemand a-t-il choisi *Recht*, dans la ligne de *directum* tandis que l'anglais optait pour *law*, c'est-à-dire *lex*?⁽¹⁶⁾. Comment s'articule le système *ius/lex/canones*, etc. ...?

Ainsi l'opposition familière aujourd'hui aux juristes entre *droit public* et *droit privé* est-elle pertinente au Moyen Age? Ourliac et Gazzaniga écrivent: « on ne peut, au moins jusqu'à XVIe siècle, distinguer nettement le droit privé du droit public »⁽¹⁷⁾. Et encore à propos des deux sources du droit médiéval: « il est un appel à la justice, l'*ars boni et aequi* des jurisconsultes romains, mais aussi le respect des usages anciens, des *mores maiorum* qui règlent la plupart des rapports sociaux, ceux du père et de ses enfants comme ceux du seigneur avec ses sujets ou avec ses vassaux. La distinction qui, aujourd'hui, apparaît essentielle, du droit public et du droit privé, n'existe pas. Elle avait été péniblement faite par les juristes romains dont l'enseignement se retrouve chez Isidore de Séville (*Etymologies*, V, *De legibus*, 8): *Jus publicum est in sacris et sacerdotibus et magistratibus*. Dans la langue des capitulaires, *jus publicum* ne s'applique qu'au droit du roi⁽¹⁸⁾. Certes, au XIIIe siècle, à propos du roi, les « miroirs des princes » distinguent entre personne publique (*persona publica*) et personne privée (*persona privata*). Ainsi Guibert de Tournai dans son *De eruditione regnum et principium*, dédié en 1259 à Saint Louis à propos du devoir qu'a le roi de ne pas dévier à droite ou à gauche, distingue bien ce qui s'adresse à la personne publique et ce qui concerne la personne privée (« *quae verba iustitiam exhortantia aliter exponuntur si personam respiciunt publicam, aliter si privatam* »)⁽¹⁹⁾. En tant que personne privée le roi dévie à gauche s'il s'écarte vers le chemin des pécheurs, à droite

(16) CESARINI SFORZA, « *Ius* » et « *directum* ». *Note sull'origine storica dell'idea di diritto*, Bologne, 1930.

(17) OULIAC (P.) et GAZZANIGA (J.L.), *Histoire du droit privé français*, op. cit., p. 9.

(18) *Ibid.*, p. 27.

(19) GUIBERT DE TOURNAI, *De eruditione regnum et principium*, ed. A. de Poorter. *Les Philosophes belges*, t. IX, Louvain.

s'il s'enfle d'orgueil au sujet de ses vertus⁽²⁰⁾. Comme personne publique il se détourne vers la gauche si, en punissant les crimes de ses sujets il se montre trop enclin à la vengeance, vers la droite s'il montre trop de mansuétude à l'égard des délinquants⁽²¹⁾. Mais Guibert souligne que cette distinction appartient au droit romain⁽²²⁾. Georges Chevrier a relevé que les juristes du Moyen Age « ont deviné les graves menaces qu'ils faisaient peser sur l'unité de l'*ars aequi et boni* dans le giron duquel, dès leurs premiers efforts, ils avaient fait rentrer le *ius publicum* jusque là conçu comme la simple énumération des attributs de la puissance publique « en acceptant » une scission de la science du droit secteur public et privé »⁽²³⁾. Et il souligne que dans tout le secteur « social » par exemple (protection par l'Eglise des *miserabiles personae*), il s'agit d'un droit « mixte » — comme dans le droit social d'aujourd'hui — des « fragments d'autorité publique se mêlent à des données de droit privé »⁽²⁴⁾.

Il faudrait introduire dans l'histoire du droit public et du droit privé l'élargissement de la problématique que connaissent aujourd'hui les concepts de public et de privé avec l'introduction de la notion d'*espace*⁽²⁵⁾, les polémiques autour des oppositions service public/service privé, nationalisation/privatisation et le retour à une thématique de la *vie privée*⁽²⁶⁾. On peut se demander

(20) *Ibid.*, p. 36.

(21) *Ibid.*, p. 36.

(22) *Ibid.*, p. 33.

(23) CHEVRIER (G.), *Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, Paris, 1965, t. II, p. 841-859.

(24) CHEVRIER (G.), *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes français*, in *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 23. Cité par P. Ourliac et J.L. Gazzaniga in *Histoire du droit privé français, op. cit.*, p. 28, qui soulignent que « le noyau dur du droit privé » français jusqu'en 1790 est le droit *familial*.

(25) Par exemple Jacques HEERS, *Espaces publics et espaces privés dans la ville. Le Liber terminorum de Bologne (1294)*, Paris, CNRS, 1985. La problématique la plus suggestive est sans doute celle de Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962, trad. fr.se *L'Espace public*, Paris, 1978.

(26) Ph. ARIÈS et G. DUBY, ed. *Histoire de la vie privée*, t. 1.

si l'idée de J. Habermas sur « l'interpénétration progressive du domaine public et du domaine privé » qui caractérisait selon lui « la société bourgeoise » du XIX^e siècle ne peut pas s'appliquer, *mutatis mutandis*, à certains périodes médiévales.

Il est certain que l'apparition d'un droit ecclésiastique qui se codifie à partir du milieu du XII^e siècle avec le *Décret* de Gratien puis avec la constitution jusqu'au début du XIV^e siècle du *Corpus iuris canonici* est un événement important non seulement de l'histoire du droit au Moyen Age mais de l'histoire générale. On peut toutefois se demander si les historiens du droit n'ont pas donné une valeur quasi « mythique » à l'expression *utrumque ius*, n'ont pas opposé trop rigidelement droit canonique et droit romain et n'ont pas souvent interprété cette distinction d'une façon trop réductrice et appauvrissante.

Il y a vingt ans que Pierre Legendre, dans un article décapant⁽²⁷⁾ a essayé de démythifier l'expression *utrumque ius*⁽²⁸⁾. Les études ont montré que plus qu'à la concurrence entre les deux droits c'est à leur symbiose qu'a tendu l'évolution pratique du droit médiéval. Ainsi Gérard Fransen, à propos d'un recueil de *Questiones* d'origine parisienne, copié entre 1226 et 1234 et conservé à Angers, bien qu'il parle en termes traditionnels de « cas particulier de l'invasion du droit canonique par le droit romain, caractéristique de la première moitié du XIII^e siècle » après s'être demandé s'il s'agissait bien de questions canoniques, constate que « maîtres et étudiants se réfèrent à la fois au droit romain et au droit canonique, considérés non plus comme deux sources différentes d'argumentation mais comme une source unique », que « rares sont au XIII^e siècle, les collections qui ont encore le souci de distinguer les éléments canoniques des argu-

De l'Empire romain à l'an mil (sous la direction de Paul Veyne), t. 2, *De l'Europe féodale à la Renaissance* (sous la direction de Georges Duby), Paris, 1985.

(27) LEGENDRE (P.), *Le droit romain, modèle et langage. De la signification de l'Utrumque Ius*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, 1965, t. II, p. 913-931.

(28) L'article de Giuseppe ERMINI, *Ius commune et Utrumque Ius*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, Rome, 1935, II, p. 524 sqq. reste fondamental.

ments puisés dans le droit romain ». Enfin, il parle de « confusion »⁽²⁹⁾. C'est bien une symbiose entre les deux droits.

Comme le rappelle Pierre Legendre *utrumque ius* a été d'abord un mot, une expression sans importance, « un terme de commodité » et il n'a eu qu'une « carrière modeste » au Moyen Age, soit pour désigner une double formation des docteurs en raison de la spécialisation des facultés universitaires soit pour « annoncer des exposés synoptiques »: les historiens (du droit) en ont fait un thème à caractère idéologique. L'évolution de l'*utrumque ius* est donc marquée par une apparente « confusion » où un rôle sans doute important a dû être joué par l'école juridique française d'Orléans où les professeurs de droit romain étaient au XIIIe siècle des ecclésiastiques. En fait c'est l'évolution du droit romain qui est la plus caractéristique. Plutôt que d'invasion du droit romain, c'est la dégradation de ce même droit qui est le phénomène essentiel. L'histoire du droit romain dans la société médiévale doit être pensée en termes d'*acculturation*. Ainsi s'impose, selon Pierre Legendre, une problématique nouvelle reliée à l'évolution des sciences sociales et il faut débarrasser l'histoire du droit des mythes dont elle est pleine.

Charles Munier montre de son côté qu'au sortir de la première phase du grand conflit entre le pape et l'empereur, Gratien (vers 1140) est méfiant à l'égard du droit romain fondement du droit impérial (Philippe-Auguste de France aussi qui a sans doute poussé le pape à refuser une faculté de droit civil à l'Université de Paris). Dans son *Décret*, sur trois mille cinq cents canons, il n'y a que cent cinquante textes de droit romain. Je crois d'ailleurs qu'il conviendrait de replacer la genèse de l'*utrumque ius* dans l'histoire d'une réforme grégorienne que l'on ne limiterait pas à la lutte contre l'empereur et à une réforme de l'Eglise dans sa partie ecclésiastique (les laïcs aussi font partie de l'Eglise) mais étudierait la distinction clercs/laïcs (si accusée sur le plan sexuel entre une communauté de célibataires et une société de gens mariés) dans une perspective anthropologique.

(29) FRANSEN (G.), *Utrumque ius dans les Questiones Andegavenses*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, op. cit., t. II, p. 897-902.

L'Eglise, après avoir opéré une distinction entre les deux droits, cherche à se soumettre l'*utrumque ius*. Elle établit une hiérarchie entre les deux droits, le droit canonique étant supérieur, puis entreprend d'absorber au maximum le droit public romain. Non seulement il y a incompétence absolue des pouvoirs temporels en matière ecclésiastique mais le droit canonique, après avoir procédé à des « annexions exorbitantes » (*res spiritualibus annexae*) proclame, du XIIe au XVIe siècle, le pouvoir souverain du pape dans le domaine spirituel qui s'efforce non seulement de se subordonner le domaine temporel mais de l'absorber. De toute façon les deux droits se retrouvent « dans une commune soumission au droit naturel, expression de la volonté de Dieu: *utrumque enim suo modo rationabiliter constitutum est, sed diverso modo* »⁽³⁰⁾.

Entre historiens et historiens du droit il y a aussi la querelle du singulier et du pluriel. Les juristes ont tendance à unifier à l'intérieur d'une grande catégorie des réalités concrètes que les historiens sont davantage portés à saisir sous une forme plurielle et à conserver dans leur diversité. Pour le médiéviste il y a plutôt *droits* que *droit*, *justices* que *justice*, *libertés* que *liberté*.

Les historiens du droit sont d'ailleurs de plus en plus conscients de cette multiplicité du concret juridique au Moyen Age.

Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga écrivent: « ce qui caractérise le droit ancien c'est que rien n'y est factive ou abstrait... La propriété, par exemple, n'est pas considérée abstraitement comme un droit, mais concrètement comme un pouvoir qui permet l'usage d'une chose et qui n'est pas forcément perpétuel et absolu »⁽³¹⁾.

Et plus précisément, à propos *des justices*, « l'époque féodale sera marquée par un enchevêtrement presque incroyable de justices dont les auteurs modernes, suivant en cela les feudistes de l'Ancien Régime, ont longuement décrit la complexité. Il est difficile de découvrir un juge et plus difficile encore de faire exécuter un jugement. Partout ce sont des conflits entre justices concurrentes. A côté des tribunaux ordinaires existent les justices d'Eglise qui jugent les clercs mais aussi souvent des laïques. Il est impossible

⁽³⁰⁾ MUNIER (Ch.), *Droit canonique et droit romain d'après Gratien et les Décrétistes*, *Ibid.*, p. 943-954.

⁽³¹⁾ *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, p. 9.

de distinguer nettement la haute justice et la basse justice et celle-ci des justices dites foncière, seigneuriale ou féodale. Les opinions les plus diverses ont été émises, et toutes sont en défaut sur quelque point » (32).

Quant à *justice* au singulier il a eu au Moyen Age bien des sens. Exercice d'un pouvoir et/ou vertu, il s'est parfois restreint dans la « barbarisation » des concepts au Haut-Moyen Age au sens de redevance ou revenu matériel de l'exercice du droit de justice et souvent étendu, dans le Moyen Age central, à l'ensemble des prérogatives seigneuriales. Comme l'a écrit Marc Bloch dans des pages célèbres: « Ce ne fut point hasard si le mot de *justicia* vit parfois son acception s'étendre au point de désigner l'ensemble des pouvoirs seigneuriaux » (33).

Une problématique moderne invite à faire davantage entrer les aspects d'*oralité* dans l'histoire du droit. Au Moyen Age en particulier le droit s'est pratiqué entre la parole et l'écrit. Les problématiques historiques actuelles de l'oralité et de la mémoire doivent pénétrer l'histoire du droit. M. T. Clanchy a bien montré qu'en Angleterre le serment et les gestes qui l'accompagnent gardent longtemps — jusqu'à la fin du XIII^e siècle — plus de poids comme preuve que les actes écrits (34). *Parole* et *geste* sont de grands personnages de l'histoire du droit.

S'il ne faut pas réduire à une unité abstraite la multiplicité des réalités juridiques médiévales, s'il faut se garder d'un vocabulaire anachronique (je ne crois pas, par exemple, que « droit international » ait un sens pour le Moyen Age), il faut en revanche que la recherche en histoire du droit, obéisse de plus en plus à un processus unique qui respecte l'unité du champ juridique. Trente ans après, les paroles de Francesco Calasso restent d'actualité: « Se la partizione che oggi vedo sia destinata a restar dura-

(32) *Ibid.*, p. 23.

(33) M. BLOCH, *La société féodale (1939-1940)*, ed. 1968, p. 496 (ch. I du Livre II: les justices). Exemple récent d'une problématique de jeune historien utilisateur du droit: J. CHIFFOLEAU, *Les Justices du Pape. Délinquance et criminalité dans la région d'Avignon au XIV^e siècle*, Paris, 1984.

(34) M.T. CLANCHY, *From Memory to written Record. England, 1066-1307*, Londres, 1979.

tura nell'attuazione definitiva, o se invece porterà a un'ulteriore fusione, questo io oggi non sono in grado di dire. L'importante è che resti confermato questo risultato: e cioè la fondamentale unità del problema e del metodo, nella lavorazione di campi che troppo a lungo rimasero separati e quasi estranei tra loro, qualificati da assurde graduatorie di giuridicità, e obbligato nei letti di tortura di non meno assurde partizioni scolastiche, estranee alla storia, e agli andirivieni dei secoli, negazioni della storia »⁽³⁵⁾.

Il ne faut pas non plus oublier que le droit n'est pas un phénomène premier. Les traditions qui existent surtout dans le droit écrit et dont les historiens du droit ont tendance à faire une caractéristique essentielle du droit et de son histoire (d'où l'importance peut-être excessive accordée au droit romain — mais il ne faut pas, je le répète, tomber dans l'excès inverse), léguées par des « écoles » qui semblent dominées par le modèle de la « reproduction » ne sont souvent qu'apparentes. Le droit s'est construit plus à partir de faits concrets que d'ouvrages de bibliothèque. Il est moins « conservateur » qu'on ne le dit et qu'on ne le pense. Il a toujours été ouvert aux innovations, aux situations nouvelles, et tous les niveaux de la « tradition » révèlent l'adaptation aux conditions nouvelles, le poids de l'histoire. Comme l'homme de Marc Bloch le droit est davantage fils de son temps que de ses pères, de ses « auteurs » (*auctores*). Ici encore donnons la parole à Francesco Calasso. Modifications dans la tradition des textes latins classiques dues à l'influence des nouvelles réalités: « Le manomissioni dei testi classici... si rivelano... come modificazioni suggerite al compilatore dalla nuova realtà della vita, per gli stessi fini pratici che queste opere compilatorie si preffigono »⁽³⁶⁾. Caractère éphémère et utopie de la législation de Justinien: « L'unità della *respublica* giustiniana non fu opera duratura. Non poteva esserlo: in primo luogo, perché le finalità che l'avevano ispirata eran tutte fuori della realtà e la restaurazione dell'antico splendore imperiale... restava un sogno »⁽³⁷⁾. Le fossé entre le droit romain et le droit germanique ne cesse de s'élargir, surtout dans le domaine

⁽³⁵⁾ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954, Avvertenza p. 1.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 70.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 91.

du « droit privé ». La thématique « romaine » concerne les droits de la personne, les droits de la famille, les systèmes de succession, la propriété, les délits et les peines. Ce qui intéresse le droit « germanique » c'est le corps, la valeur militaire, mais ce droit est incapable de concevoir la notion de « personne juridique »⁽³⁸⁾. Enfin, quand, à partir du XII^e siècle, il y a une renaissance culturelle, c'est « la mémoire de la grandeur de Rome », plus que des conceptions juridiques précises, qui est à l'oeuvre⁽³⁹⁾.

L'historien de la société dit « féodale » ne peut se débarrasser d'un mot « fort mal choisi » (Marc Bloch) mais qui a connu « une si belle fortune » que le récuser serait renoncer à un passé historiographique très riche qu'il importe de conserver, fût-ce au prix d'un terme impropre. Mais de plus en plus les historiens de la féodalité souhaitent donner à ce mot un sens « large ». Même François-Louis Ganshof qui s'est posé, à propos de la question « Qu'est-ce que la féodalité? », le problème de savoir s'il fallait précisément y apporter une réponse « étroite » ou « large » me semble s'être finalement rangé à une conception assez étroitement juridique qui limite la portée de son ouvrage, utile surtout par les définitions encore une fois plus juridiques que proprement historiques malgré le sens de la chronologie et de l'évolution⁽⁴⁰⁾.

De même l'historien est souvent frustré par le caractère trop étroitement juridique de beaucoup de volumes et d'articles des *Recueils de la Société Jean Bodin*, pourtant riches, largement ouverts au comparatisme.

C'est dans la ligne de cette insatisfaction de nombreux historiens du Moyen Age et de l'époque moderne que Georges Duby a été amené à émettre une proposition provocante: *Le féodalité? une mentalité médiévale*⁽⁴¹⁾.

Ainsi, au seuil de leur remarquable ouvrage: *La Mutation Féodale*, Jean-Pierre Poly et Eric Bournazel, rendant un juste

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 125 sqq.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 143. Cf. A. GRAF, *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*, nle ed., Torino, 1975.

⁽⁴⁰⁾ F.L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité?*, Bruxelles, 1944, 5^e éd., Paris, 1982.

⁽⁴¹⁾ *Annales E.S.C.*, 1958, p. 765.

tribut à leur maître Jean-François Lemarignier, historien du droit *et* historien, le situaient « dans le prolongement et le dépassement d'une tradition historiographique, celle de la rigoureuse et parfois un peu stricte Histoire du Droit » et le louaient notamment d'« ouvrir, au delà, la recherche vers une réflexion sur l'origine des rapports du pouvoir à l'espace » (42).

Déjà Marc Bloch avait mis les historiens du droit en garde contre l'étroitesse des juristes, par exemple à propos du servage. « Qu'était-ce qu'un serf? Les historiens aujourd'hui se posent assez souvent cette question; ils tombent rarement tout à fait d'accord sur la réponse. Il n'est pas sans intérêt de constater qu'à certaines époques du Moyen Age des hommes qui vivaient au milieu de populations serviles ont pu hésiter aussi à ce sujet. Mais ce qu'il importe surtout de rechercher, c'est dans quels milieux ces hésitations se sont fait jour. Je ne crois pas que les juristes les aient jamais beaucoup ressenties, — j'entends les praticiens du droit; les auteurs de traités théoriques ne doivent être consultés en pareille matière qu'avec beaucoup de prudence » (43).

Dans la ligne de Marc Bloch, Jean-Pierre Poly et Eric Bournazel rappelaient les raisons pour lesquelles l'auteur de *La Société Féodale* trouvait le mot *féodalité* malencontreusement choisi: « non pas tant parce que les formes politiques de l'époque, principautés seigneuriales ou seigneuries, n'avaient pas toutes été des fiefs, mais surtout parce qu'une organisation sociale ne pouvait être correctement qualifiée par son aspect exclusivement politique et encore moins par l'un de ses traits juridiques, le fief, "une forme de droit réel entre beaucoup d'autres" » (44).

Voici une autre notion capitale pour comprendre la société médiévale: la *coutume*. On en a fait à juste titre la grande originalité du droit au Moyen Age. Mais quelle place lui faire dans

(42) J.P. POLY et E. BOURNAZEL, *La Mutation Féodale Xè-XIIè siècles* (coll. Nouvelle Cléo, vol. 16), Paris, 1980, p. 5.

(43) « Les transformations du servage », in *Mélanges d'histoire du Moyen Age offerts à Ferdinand Lot*, 1925, repris dans *Mélanges Historiques*, Paris, 1963, t. I, p. 500.

(44) *La Mutation Féodale, op. cit.*, p. 9.

le droit? Peut-on parler de *droit coutumier*? Le droit coutumier, s'il existe, est-il l'équivalent du droit privé? L'Eglise a hésité sur la place à faire à la coutume. Je suis ici encore Francesco Calasso.

La *consuetudo* (conçue comme *mos*, terme de la tradition juridique romaine que l'Eglise récusé) est différente de la *lex*, de la loi, elle n'est pas de même nature, mais de nature inférieure. Tertullien proclame: le Christ a dit « *Ego sum veritas* » (Jean, XIV, 6) et non « *Ego sum consuetudo* » ce que Grégoire VII, à la fin du XI^e siècle, reprend avec force « Le Seigneur n'a pas dit " Mon Nom est coutume " dans un esprit " antiféodal " ».

Dans la même ligne Saint Augustin (*De baptismo contra Donatistas* IV, 5 cf aussi III, 6), avait affirmé: « *ratio et veritas consuetudini praeponenda est* ». La *consuetudo* vient du peuple, or aucun pouvoir normatif n'est reconnu par l'Eglise au *populus fidelium* mais seulement à la hiérarchie ecclésiastique. C'est elle qui trie les « bonnes » et « mauvaises » coutumes. Mais aux XIII^e-XIV^e siècles, notamment dans les luttes sociales, les divers ordres de la société, et en particulier les paysans dénonceront les *mauvaises coutumes*

Une autre tradition, il est vrai, avant cherché des accommodements entre la loi et la coutume.

Isidore de Séville avait vu dans la coutume, à côté de la nature, une des sources de la loi⁽⁴⁵⁾.

Le *capitulare italicum* (entre 802 et 810) avait défini la coutume « une espèce de droit fondée sur les traditions et qui remplace la loi quand celle-ci est déficiente »⁽⁴⁶⁾.

Enfin au début du XII^e siècle, Yves de Chartres avait soutenu que la valeur de la coutume quand elle n'est pas contraire à la loi avait été souvent affirmé par les Pères de l'Eglise⁽⁴⁷⁾.

Il ne faut pas oublier par ailleurs que selon les régions, selon les juridictions, le sens de *consuetudo* a pu considérable-

(45) La loi doit être « *honestia, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae* » (*Etymologies*, II, 10, 6).

(46) *Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex.*

(47) *De tenenda autem consuetudine quae legi non obsistit plurima sanctorum patrum exstat auctoritas* (Epis. 79), PL, CSLII.

ment évoluer. Ainsi dans la France de Philippe-Auguste entre 1210 et 1220: « Le sens du mot *consuetudo* change brusquement: le meilleur témoignage est fourni par la lecture des actes de Philippe Auguste. Au sens ancien de « redevance » ou d'« exaction », seul connu jusque-là par la chancellerie royale, se substitue la notion de droit applicable à une province. La conquête de la Normandie entraîne une redistribution des fiefs: les nouvelles concessions sont faites *ad usus et consuetudines Normanniae*. Le statut particulier des fiefs normands est parfois précisé par l'énumération des services qu'ils comportent ou par l'indication des droits appartenant à l'épouse ou aux puînés. Le roi exerce la garde royale suivant les règles de la coutume » (48).

Les historiens souhaitent aussi que l'on tienne mieux compte de qu'il y a avec ou derrière le droit qui, contrairement à ce que pensent ou désirent certains juristes et historiens du droit, intervient rarement seul, de façon pure, dans l'histoire.

Le droit a été historiquement lié à d'autres domaines, à d'autres genres. On attribue à Irnerius (entre 1088 et 1125) la séparation du droit de la rhétorique et de l'éthique. Il y aurait là une véritable coupure épistémologique mais les liens du droit avec la religion et la morale n'en sont pas pour autant coupés. Comme l'a justement écrit Manlio Bellomo « Non solo Irnerio ma intere generazioni di giuristi continuano a porsi, come vivo, il problema della corrispondenza di una norma che si individua come giuridica, e quindi in sé completa, razionale, autorevole, e una norma che si individua — distintamente — come etica, e quindi in sé necessaria » (49).

Francesco Calasso une fois encore avait à la fois bien posé le problème et justement déploré la carence à ce sujet des historiens du droit. Le problème était l'attitude de l'Eglise à l'égard du droit, le problème du paradoxe apparent de l'attitude *historique* de l'Eglise qui en vient à se présenter comme « source de droit »

(48) P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 65.

(49) M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed età moderna*, Catania, 1977, p. 278; 2^e éd., 1984, un des meilleurs ouvrages où s'affirment conjointement compétence et sensibilité au droit et à l'histoire.

et finalement à contester aux institutions politiques un pouvoir normatif et juridictionnel sur leurs propres sujets⁽⁵⁰⁾.

Et voici comment il présente la carence de l'histoire du droit face à ce problème, montrant bien son impuissance à présenter le droit comme « force historique »: A questo interrogativo, che pure sorge spontaneo, le nostre trattazioni generali della storia del diritto italiano, di solito, non rispondono, e anzi non se lo pongono neppure, limitandosi a offrire notizie erudite intorno alle varie collezioni di diritto canonico che si sono succedute nel tempo: strana contraddizione dell'insegnamento tradizionale, che, mentre insiste, come notammo, nel presentare il diritto canonico come uno dei « fattori storici » o « elementi costitutivi » del diritto italiano, non cura poi di ricercare, nel quadro delle fonti di produzione del diritto, su quali fondamenta e per quali strade — o, in altre parole, con quali rapporti logici inquadrandosi in un sistema normativo unitario — il diritto canonico abbia operato come forza storica ».

Il faut ici évoquer quelques concepts fondamentaux de l'idéologie médiévale et de la pratique juridique, politique, sociale qui sont à la fois du domaine du droit, de la religion et de l'éthique. Si l'on veut restaurer une indispensable histoire des valeurs il ne faut ni en oublier les aspects et les expressions juridiques (ce que font trop d'historiens) ni en méconnaître les aspects religieux et moraux (ce que font trop d'historiens du droit).

Voici donc trois notions, essentielles, et très liées dans l'idéologie et la pratique du pouvoir: *aequitas*, *pax*, *justitia*.

Pio Fedele a montré que, se fondant sur divers textes du droit de Justinien et sur divers passages d'Isidore de Séville, avec

(50) « La Chiesa, considerata sotto il profilo di fonte di norme giuridiche, prospetta uno dei più complessi problemi storici della nostra civiltà occidentale. Per intuirne l'importanza, basta semplicemente farsi questa domanda: come mai la Chiesa, organizzazione religiosa dei credenti nel Cristo, organo terreno di propagazione del messaggio evangelico, si presenta, a un certo punto della sua storia, come fonte di diritto, pari quindi a un qualsiasi ordinamento politico, e anzi, via via che consolida nello spazio e nel tempo questa sua posizione, arriva a contendere vivacemente agli stessi ordinamenti politici il potere normativo e giurisdizionale sui propri soggetti », F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, op. cit., § 7, p. 161.

pour relais le *Décret* de Gratien, une équivalence se construit au Moyen Age contre *l'équité, la nature et Dieu* qui aboutit à la formule « *nihil aliud est aequitas quam Deus* »⁽⁵¹⁾. Comment mieux exprimer le fondement sacré du droit?

Francesco Calasso avait déjà montré le changement de sens du vocabulaire juridique romain dans son adoption par le christianisme.

L'*aequitas*, « égalité entre les citoyens », était devenue une réponse à des normes situées au-dessus du *ius*. D'où la formule du *Digeste* (39, 3, 2, par. 5): « *id aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* ». Quant au *ius naturale*, il était devenu « *quod semper aequum et bonum est* » (*Digeste* 1, 1, 11) car il était la marque imprimée par Dieu dans les consciences. Ainsi *aequitas* et *iustitia* étaient devenues quasi-synonymes au point que Grégoire le Grand pouvait écrire en 599: « *aequitas et iustitia populi Christiani* » (*Epist.* IX, 198). Par conséquent le *iudicium aequitatis* est un jugement conforme non seulement aux *leges* mais aussi à la *iustitia*⁽⁵²⁾.

La subordination du droit à des valeurs religieuses et éthiques explique son fonctionnement historique, la place que l'Eglise entend jour dans le domaine juridique, l'aura de sacralité qui renforce son image auprès des différentes couches sociales.

De même, comme l'ont bien dit Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, « plus que des notions juridiques, la *justice* et la *paix* sont des notions morales par lesquelles l'Eglise impose tout à la fois le respect de la bonne foi et de l'ordre social »⁽⁵³⁾.

Et ils ont parfaitement exprimé cette réalité profonde: pour les hommes du Moyen Age le droit exprimait des valeurs religieuses, des valeurs sacrées. Il explicite l'Ecriture et ne peut la suppléer que dans les interstices du texte sacré: « Que représentait l'idée de droit pour les hommes qui vécurent l'an mil? Avant tout, une aspiration à la justice. Le peuple, comme les clercs qui l'éduquent, croit à la justice immanente. La pesée des âmes,

(51) Pio FEDELE, *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, op. cit., t. I, p. 73-87.

(52) F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, op. cit., p. 331.

(53) *Histoire du droit privé français*, op. cit., p. 26.

la séparation des élus et des réprouvés, les scènes de l'Apocalypse sculptées aux tympans des églises traduisent l'opposition foncière entre le bien et le mal qui hante les esprits. Elle est exprimée par l'image, sans cesse reprise par les poètes, du sentier « tordu » et de la voie « droite » qui mène au ciel. Le droit ne peut subir aucune inflexion car, issu de la loi du Christ, il est, comme elle, intangible. Les lois qui l'expriment tirent leur force de la morale chrétienne et ce sont les transgressions de cette morale qui les rendent nécessaires, comme l'exprime l'Épître aux Galates (III, 19): *Lex propter transgressionem posita est*. De même que le hadith dans l'Islam, la loi humaine ne peut que suppléer aux lacunes des textes sacrés » (54).

Le Père Congar a bien mis en valeur une autre frontière du droit au Moyen Age: celle qui s'est définie entre canonistes et théologiens, événement auquel j'attribuerais volontiers un rôle dans la sclérose de la scolastique à la fin du Moyen Age. Coupée des problèmes concrets abandonnés aux canonistes, les théologiens ont eu tendance à s'éloigner davantage de la société réelle, concrète et de s'enfermer dans des problèmes métaphysiques. Le droit canon, séparé de la théologie, n'a pas irrigué en profondeur des secteurs essentiels de la vie économique et sociale. Ici encore on retrouve le fatal découpage universitaire dont nous ne sommes pas encore guéris entre « facultés ».

Parmi les questions abandonnées par les théologiens aux canonistes il y avait non seulement l'usure — et cet abandon sera capital pour la faillite de l'Eglise face à l'évolution économique, pour son impuissance face au capitalisme —, la validité des ordinations faites par des hérétiques — résultat d'un renoncement à une pensée globale du phénomène hérétique — mais dans les *sommes* des traités entiers ont été laissés aux canonistes: traité du mariage — et le catholicisme se ressent encore aujourd'hui de son incompréhension des problèmes du couple —, traité du sacrement de l'ordre — ce qui a favorisé la cléricatisation dans l'Eglise — et presque celui des sacrements que, dans la première moitié du XII^e siècle, le grand Hugues de Saint Victor, dans son *De Sacramentis*, avait ancré dans la théologie.

(54) *Ibid.*, p. 25.

De tous ces domaines le traitement devient de plus en plus séparé selon les Facultés, Faculté « des Décrets », Faculté « de Divinité ». D'où de fréquents désaccords. Yves Congar publie à la fin de son étude une liste de la première moitié du XIV^e siècle figurant dans un manuscrit de Trinity Collegue à Cambridge qui détaille un certain nombre de ces désaccords: *in istis differunt et discordant canoniste et theologi*⁽⁵⁵⁾. Sur les notions communes de justice et d'équité un *exemplum*, historiette à glisser par le prédicateur dans un sermon pour édifier son auditoire, est éclairant. Il s'agit d'un conte fameux, celui de l'ange et de l'ermite connu dans la littérature populaire et savante du XII^e au XX^e siècle. La version que j'utilise est celle du recueil *d'exempla* du XIV^e siècle intitulé *Gesta Romanorum*. Le chapitre 127 a pour titre: *De iustitia et aequitate dissertissimi iudicis Christi per occulta iudicia*. Il tend donc à démontrer que le juge suprême est le Christ, mais que sa justice et son équité peuvent être rendues au moyen de jugements secrets qui ont besoin d'un interprète autorisé pour être compris par les hommes. Un chevalier tyrannique accompagné d'un serviteur fidèle perd, lors de la traversée d'un bois, une grosse somme d'argent et accuse son serviteur de l'avoir volée. Bien que celui-ci soit innocent, le chevalier, pour le punir, l'ampute d'un pied. Un ermite qui recueille le malheureux et est convaincu de son innocence accuse Dieu dans ses prières de ne pas être un juge juste. Un ange lui apparaît et lui explique que Dieu a fait punir à juste titre ce serviteur qui avait été précédemment coupable d'une faute encore plus grave. Il avait d'un coup de pied fait tomber sa mère volontairement d'une charrette et n'avait pas accompli de pénitence pour ce méfait⁽⁵⁶⁾.

Ainsi pour la masse des fidèles soumise à l'action des prédicateurs, en particulier des frères Mendiants à partir du début du XIII^e siècle, le tribunal de la pénitence est le tribunal par excellence, et le modèle du juge est le Christ, dont la justice est souvent impénétrable. Ainsi la conception populaire de la justice est dépendante de valeurs religieuses et qui relèvent de la croyance,

(55) Yves M.-J. CONGAR, *Un témoignage des désaccords entre canonistes et théologiens*, in *Mélanges Gabriel Le Bras*, op. cit., t. II, p. 861-864.

(56) *Gesta Romanorum*, ed. Oesterley, p. 478.

non de la raison manifeste. Il ne faut pas oublier non plus qu'au Moyen Age les pratiques juridiques ne se réduisent pas à des formes juridiques strictes. Par exemple les règlements de conflits ont été plus souvent l'oeuvre d'*arbitrages* que de procès. En l'absence de norme écrite on recourt à l'*arbitrium* d'un *iudex* ou d'une personne investie d'une certaine autorité, comme par exemple les *boni homines*, assez proches de nos prud'hommes actuels.

Une série d'études publiées récemment par John Bossy ont montré que le règlement des disputes ne se limitait pas à des actions proprement juridiques mais relevaient de perspectives anthropologiques⁽⁵⁷⁾. John Bossy a souligné que les institutions sociales de la Chrétienté ont joué historiquement le rôle de *rituels* destinés à établir la paix. « Trois images très puissantes, a-t-il écrit, ont présidé à la solution des disputes en Occident après la désintégration de l'autorité romaine: l'image du fief, l'image de la charité/amour, l'image de la loi (ou de l'état) »⁽⁵⁸⁾.

S'agissant du fief, chaque seigneur doit venger les offenses qui lui sont faites et cette obligation s'étend au lignage et aux vassaux. Ainsi l'univers se divise en amis et ennemis, opposition qui a tendance à recouvrir celle entre bons et mauvais. Venue en France des Francs, une solidarité fondée sur le sang a conduit peu à peu à incarner le sens du droit et de la justice dans le sentiment de l'honneur⁽⁵⁹⁾.

Le concept chrétien de *caritas*, charité/amour, a conduit à remplacer les pratiques de vengeance par un règlement amical des conflits confié à un juge-arbitre.

Le principe de l'amour était non seulement au-dessus du droit mais devait conquérir le droit et cette exigence constituait selon John Bossy « la forme classique d'un contraste qui est

⁽⁵⁷⁾ J. Bossy, ed. *Disputes and settlements. Law and Human Relations in the West* (Past and Present Publications), Cambridge, 1983, et notamment les contributions de S. ROBERTS, *The study of Dispute: Anthropological Perspectives*, p. 1-24; E. JAMES, *Beati pacifici: Bishops and the Law in VIth c. Gaul*, p. 25-46; M. CLANCHY, *Law and Love in the Middle Ages*, p. 47-68, et J. BOSSY, *Postscript*, p. 287-243.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 287.

⁽⁵⁹⁾ Cf. J.M. WALLACE HADRILL, *The Blood-Feud of the Franks, in The Long Haired Kings*, Londres, 1962.

probablement le principal thème de l'histoire des systèmes juridiques européens considérés comme des institutions sociales » (60).

Mais dans un régime féodal l'amour doit être contraignant, ce qui a amené Wycliff au XIV^e siècle à remarquer que le règlement des disputes par l'amour plutôt que par la loi pouvait favoriser le puissant au détriment du faible (61). « Les rituels de réconciliation — baptisée *amicitia*, amitié — accomplis dans l'église ou le cimetière, au cabaret ou ailleurs, étaient modelés sur les rituels de pénitence et de communion (ou inversement) » (62). Cette remarque de John Bossy souligne la nécessité de ne pas séparer pratique juridique et pratique religieuse.

Il faut même aller plus loin. Pour les hommes du Moyen Age « l'amour n'est pas seulement meilleur que la loi, il est la voie du salut surtout s'il implique quelque abandon de droit » (63). Nul n'a mieux compris et mis en pratique cet idéal que Saint Louis. Cet « apaiseur », en renonçant par exemple à certains droits sur certains territoires en faveur du roi d'Angleterre, plaçait les traités inspirés par l'amour au-dessus de simples actes juridiques et inscrivait ces règlements dans une perspective eschatologique génératrice de salut pour lui-même et pour son peuple.

Cet élargissement du droit à des valeurs religieuses et traditionnelles devrait aboutir à une recrudescence d'intérêt des historiens et des historiens du droit pour *l'ethnojuridisme*.

Je voudrais maintenant dire rapidement — et certainement avec des oublis et des lacunes pour lesquels je prie qu'on me pardonne — ce qui me paraît acquis et ce qui reste encore à faire dans une meilleure collaboration entre historiens et historiens du droit. Je choisirai mes exemples dans les travaux d'historiens français et italiens.

L'histoire sociale du droit et l'histoire sociale du monde juridique a déjà été largement faite et bien faite. Trois ouvrages remarquables notamment dûs à des historiens ont renouvelé et/ou

(60) *Disputes and Settlements*, op. cit., p. 288.

(61) *Ibid.*, p. 289.

(62) *Ibid.*, p. 289.

(63) *Ibid.*, p. 289.

servi le modèle: l'histoire des gens de justice à Senlis⁽⁶⁴⁾, des hommes de lois à Lyon⁽⁶⁵⁾, des parlementaires à Paris⁽⁶⁶⁾.

Des historiens du droit ont éclairé d'excellente façon la typologie et la situation sociale des gens de loi dans la France méridionale⁽⁶⁷⁾, la place des juristes dans la vie sociale et le gouvernement d'une petite ville d'Auvergne, Saint-Flour, à la fin du Moyen Age⁽⁶⁸⁾.

Ces historiens ont su en général éviter un écueil majeur de ce domaine de l'histoire sociale: l'importance exagérée apportée aux catégories sociales juridiques aux dépens de la vie sociale concrète. C'est le défaut de la grande oeuvre de Roland Mousnier, trop axée sur l'étude des *ordres*. Un important colloque sur *Ordre et classes* a mis en lumière deux risques de l'histoire sociale: trop insister sur le juridique abstrait (*ordres*), employer des concepts anachroniques (*classes*)⁽⁶⁹⁾.

En Italie, d'excellents travaux ont attiré l'attention sur l'importance du personnage du notaire dans la vie sociale, la vie politique, la vie intellectuelle. G. Arnaldi a révélé le rôle du notaire dans l'historiographie médiévale. Sa place dans l'histoire urbaine, plus particulièrement dans l'histoire communale italienne a été bien mise en valeur. Une société s'est fondée pour l'histoire

(64) B. GUENÉE, *Tribunaux et gens de justice dans le baillage de Senlis à la fin du Moyen Age (v. 1380 - v. 1550)*, Paris, 1963.

(65) R. FEDOU, *Les hommes de loi lyonnais à la fin du Moyen Age: étude sur les origines de la classe de robe*, Paris, 1964.

(66) F. AUTRAND, *Naissance d'un grand corp de l'Etat. Les gens du Parlement de Paris 1345-1454*, Paris, 1981.

(67) Parmi les travaux d'André GOURON, *Enseignement du droit, légistes et canonistes dans le Midi de la France à la fin du XIII^e et au début du XIV^e siècle*, in *Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 1966, p. 1-63 et *Le rôle social des juristes dans les villes méridionales du Moyen Age*, in *Villes de l'Europe méditerranéenne... Actes du colloque de Nice 1969, Annales de la faculté des Lettres de Nice*, n° 0-10, 1969, p. 55-69.

(68) A. RIGAUDIERE, *Saint Flour aux XIV^e et XV^e siècles. Etude d'histoire administrative et financière*, 2 vol., Paris, 1982.

(69) *Ordres et classes*. Colloque d'histoire sociale. Saint-Cloud 24-25 mai 1967, ed D. Roche, Paris-La Haye, 1973.

du notariato à Bologne⁽⁷⁰⁾. Il serait souhaitable que soit étudiée plus largement et dans un cadre comparatiste européen la fonction historique des « petits intellectuels » ayant des notions de droit. Les rapports entre université, droit et société ont fait l'objet en Italie de remarquables travaux⁽⁷¹⁾.

Certains documents considérés à l'origine comme des documents spécifiques de l'histoire du droit sont devenus des documents historiques à part entière. Sur deux des plus importants il n'est pas possible de donner ici une bibliographie, fût-elle sommaire, tant les travaux publiés sont nombreux et souvent de qualité: les *testaments* et les *registres notariaux*. Ils ont permis aux médiévistes de travailler sur des *séries*, bien que le traitement informatique en soit souvent difficile ou délicat.

De même l'histoire du droit replacée dans l'histoire de la pensée, des idées, de la culture a fait de grands progrès. Je me plais à le dire dans un de ses plus brillants foyers, le *Centro di studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de l'Université de Florence qui dirige avec éclat mon ami Paolo Grossi. Les recherches s'élargissent pertinemment à l'histoire de la *culture juridique*, tout comme B. Guenée a récemment étendu l'étude de l'historiographie médiévale à celle de la « culture historique »⁽⁷²⁾.

Il faut cependant noter que les meilleurs historiens utilisateurs des documents juridiques leur ont surtout demandé des renseignements qui ont considérablement enrichi notre connais-

⁽⁷⁰⁾ G. ARNALDI, *Il notaio-cronista e le cronache cittadine in Italia*, in *La Storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 293-309 et *Studi sui cronisti della Marca Trevigiana nell'età di Ezzelino da Romano*, Roma, 1963, p. 85-107. G. ORTALLI, *Notariato e storiografia in Bologna nei secoli XIII-XVI*, in *Studi storici sul notariato italiano* III/2. *Notariato medievale bolognese*. Consiglio Nazionale del Notariato, Rome, 1977, p. 143-189. Voir pour la Provence les travaux de Roger AUBENAS cités *infra*.

⁽⁷¹⁾ Parmi d'autres M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia...* *op. cit.*; G. SANTINI, *Università e società nel XII secolo: Pillio da Medicina e lo studio di Modena*, Modène, 1979.

⁽⁷²⁾ B. BUENÉE, *Histoire et culture historique dans l'Occident médiéval*, Paris, 1980.

sance historique, en particulier en des domaines qui prennent une importance de plus en plus grande dans le champ de l'histoire: vie quotidienne et culture matérielle, famille et parenté, mentalités et sensibilités religieuses, attitudes face à la mort.

Pour l'histoire des techniques par exemple contrats de métayage, prix faits, archives notariales qui étendent leurs renseignements à l'ensemble de la vie quotidienne, inventaires après décès pour l'équipement domestique et le mobilier, etc... sont sources irremplaçables et inestimables⁽⁷³⁾.

Les contrats de mariage, les testaments ont renouvelé l'histoire de la *famille* et lui ont permis de s'orienter vers la problématique historico-anthropologique de la *parenté*⁽⁷⁴⁾.

Je prendrai pour illustrer la fécondité de ces sources une rapide évocation de l'oeuvre d'un excellent historien du droit de la France méridionale à la fin du Moyen Age, Roger Aubenas, historien complet à qui les historiens tout court n'ont pas prêté une suffisante attention.

Dans le domaine de la famille, Aubenas a mis en lumière les parentés *artificielle*, si importantes pour les anthropologues: parrainage et marrainage, confréries, tiers ordres, tout un ensemble de « fraternités » ont accompagné, soutenu, élargi les familles *charnelles* et créé ou renforcé des solidarités qui ont joué un rôle de premier plan dans la *sociabilité*, les structures et le fonctionnement de la vie sociale, tissant des liens plus ou moins forts entre individus, familles et vie religieuse et politique⁽⁷⁵⁾.

(73) Deux exemples: G. SICARD, *Les techniques rurales en pays toulousain au XIV^e et au XV^e siècle d'après les contrats de métayage*, in *Annales du Midi*, 1959. P.L. MALAUSSENA, *La vie en Provence orientale aux XIV et XV siècles. Un exemple: Grasse à travers les actes notariés*, Paris, 1969.

(74) Ph. WOLFF, *Quelques actes notariés concernant famille et mariage (XIV-XV^e s.)*, in *Annales du Midi*, 1966.

(75) R. AUBENAS, *La famille dans l'ancienne Provence*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1936; *Tendances archaïsantes et famille artificielle en pays de droit écrit au Moyen Age*, in *Annales du Midi*, 1951, *Réflexions sur les « fraternités artificielles » au Moyen Age*, in *Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier*, publiées par la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Grenoble, 1960.

Historien du *testament*, Roger Aubenas a signalé l'intérêt des préambules pour l'histoire des mentalités et étudié la technique, la nature de l'acte notarié, le personnage du notaire et donc ce qu'on pouvait attendre d'eux. Il a donné un modèle de *critique historique* du document notarié.

Pourquoi des notaires? s'est demandé Aubenas. Parce que ce sont des gens *capables* qui apportent à l'ensemble de la société ce qui manque au plus grand nombre et dont il a besoin en mainte occasion. Ils apportent une culture, ils sont les héritiers d'un savoir et d'une pratique, ils offrent une compétence, un savoir-faire techniques. Leur clientèle est très large, la plupart ont des clients petits et grands et l'étude de leurs actes est d'un grand intérêt pour la connaissance de la société dans laquelle ils opèrent. Leur activité et l'évolution de leurs techniques dépend de la conjoncture et révèlent des problèmes qui fournissent à l'historien d'importants repères d'évolution chronologique. Notaires publics ou privés ils offrent un bon lieu d'observation pour la définition et le fonctionnement concret des notions de *privé* et de *public*. Il y a eu une *itinérance* des notaires qui les rapproche des marchands.

L'étude de la technique de l'acte notarié révèle à l'historien de la Provence du Bas Moyen Age, trois sorte de *registres*: les registres de *brèves* au format long et étroit, tenus au jour le jour, en une forme abrégée, les registres *d'étendues*, qui ne comportent pas de chronologie et peuvent être utilisés comme *instrumentum publicum*, les registres *brouillards* qui sont des recueils de brouillons, de notes soit pour les brèves soit pour les étendues. Mais Roger Aubenas met en garde contre une distinction trop stricte, trop tranchée de ces instruments et de ces pratiques du droit, contre une tendance au systématique trop fréquente chez les historiens du droit. Le domaine du droit, en tout cas du droit « privé » ancien, est celui de la souplesse et du relatif.

A propos du *testament* Roger Aubenas a nuancé l'importance de la renaissance du droit romain aux XIIe-XIIIe siècles. Il a souligné les circonstances dans lesquelles on testait avec les cas particuliers des périodes d'épidémie, de peste ou du testament des lépreux, source trop souvent négligée par les historiens des calamités et des marginaux. Il a insisté, à propos de la mort, sur

l'élection de sépulture, les legs pieux, les donations *pro remedio animae*, qui deviennent aux XIII^e siècles des donations *pro salute animae*, les legs pour les âmes du purgatoire au XV^e siècle. Il a relevé dans ces testaments de la fin du Moyen Age une « impression profonde de résignation », un sentiment de « petitesse et faiblesse de l'homme » et peu de différences entre les testaments des laïcs et ceux des clercs ⁽⁷⁶⁾.

Un jeune historien, Jacques Chiffolleau, a étudié dans les testaments et dans des actes judiciaires les pratiques et les attitudes face à la mort ⁽⁷⁷⁾ et face au crime ⁽⁷⁸⁾ dans la région d'Avignon à la fin du Moyen Age. Dans ce dernier travail il a utilisé les concepts d'*espace judiciaire*, rattachant ainsi l'histoire du droit et de la justice aux recherches géographiques, historiques et anthropologiques sur le territoire et de *théâtre judiciaire*, introduisant ainsi l'étude du symbolique dans le judiciaire, complément concret du juridique. Il a confronté aux réalités l'*image* de la justice et des juges dans la société d'alors. Il s'est intéressé aux efforts de la justice pour exercer un contrôle du corps: gestes, vêtement, sexualité.

Ainsi voit-on apparaître non seulement l'utilisation du document juridique ou judiciaire dans les nouveaux domaines de l'historien mais de nouvelles directions en histoire du droit. Le document juridique n'est plus « détourné » de sa fonction pour être exploité comme simple source de renseignement mais

⁽⁷⁶⁾ R. AUBENAS, *Le testament en Provence dans l'ancien droit*, Aix-en-Provence, 1927. Etude sur le notariat provençal au Moyen Age et sous l'Ancien Régime, Aix, 1931. *Documents notariaux provençaux du XIII^e siècle*, Aix, 1935; R. AUBENAS a laissé dans un article de la fin de sa vie une sorte de testament sur le « mauvais esprit » des juristes « Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant? Un chapitre d'histoire juridico-sociale, XI^e-XV^e siècles », in *Revue historique de Droit français et étranger*, 1978, p. 215-252. Sur le testament, source d'histoire a paru récemment *Nolens intestatus decedere. Il testamento come fonte della storia religiosa e sociale. Atti dell'incontro di studio* (Perugia, 3 maggio 1983), Regione dell'Umbria, Editrice Umbra Cooperativa, 1985.

⁽⁷⁷⁾ J. CHIFFOLEAU, *La comptabilité de l'au-delà, les hommes, la mort et la religion dans la région d'Avignon à la fin du Moyen Age*, Rome, 1980.

⁽⁷⁸⁾ J. CHIFFOLEAU, *Les Justices du Pape*, op. cit., Paris, 1984.

c'est le phénomène juridique qui est considéré « en soi » et dans sa spécificité à l'intérieur d'une histoire globale.

Déjà Marc Bloch avait proposé la notion ouverte de *mentalité juridique* ⁽⁷⁹⁾. Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga ont invoqué la *sensibilité* particulière des Français en matière juridique qui leur a fait « canoniser » des textes du droit romain ⁽⁸⁰⁾. Ils ont aussi, sur le modèle des aires linguistiques, des aires dialectales, avancé le concept d'*aires juridiques* qui précise celui d'espace juridique et fait heureusement référence aux structures de morcellement territorial de la féodalité ⁽⁸¹⁾.

Dans cet effort vers une anthropologie juridique historique Michelet encore est précurseur, pionnier. Dans le texte étonnant que j'ai déjà cité *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel* (1837), il salue dans les *Antiquités du droit allemand* de Jacob Grimm « une science nouvelle », entrevue par Vico, « *la symbolique du droit* » ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ « A une période singulièrement mouvante, à un âge d'obscur et profonde gestation, va donc succéder, à partir de la seconde moitié du XIIe siècle, un ère où la société tendra désormais à organiser les relations dans des limites plus nettes, à effacer beaucoup de variétés locales, à n'admettre enfin que de plus lentes transformations. De cette décisive métamorphose des environs de l'an 1200, les vicissitudes de la mentalité juridique, étroitement liés d'ailleurs aux autres chaînes causales, ne furent assurément pas seules responsables. Nul doute, cependant, qu'elles n'y aient largement contribué », *La Société Féodale*, p. 179.

⁽⁸⁰⁾ « La sensibilité des Français est cependant bien différente de celle des Italiens; ils forment vraiment une école, tiennent le parti du roi, servent sa politique et sans doute inspirent son action. Ils utilisent souvent des textes romains, mais, comme on dira un peu plus tard, en les "canonisant" » (*Histoire du droit privé*, op. cit., p. 51).

⁽⁸¹⁾ « Les faits juridiques, comme les faits linguistiques, sont fort divers; il existe cependant entre eux une cohérence qui tient autant à la tradition qu'à l'imitation. Comme nous l'avons déjà vu, chaque pays en vient à avoir sa coutume aussi différente des coutumes voisines que peuvent l'être les dialectes picard, normand ou limousin. De même qu'il existe des aires dialectales (dont rendent si bien compte les *Atlas linguistiques*), de même il existe des aires juridiques ou des "familles de coutumes" de même inspiration et sans doute de même origine. Les lignes de clivage répondent à des conceptions différentes de la parenté, de la famille, de la communauté, de la féodalité ». (*Ibid.*, p. 82).

⁽⁸²⁾ « Ce livre a une valeur immense en lui-même, comme révéla-

Cette symbolique juridique il voudrait la saisir dans les rituels des cérémonies du passé: *joyeuse entrée, chevauchée, manière de table* ⁽⁸³⁾.

Il y accorde une grande place au corps, aux gestes ⁽⁸⁴⁾. Enfin il faut approfondir les rapports entre le langage *iconographique* et le droit.

La magnifique publication par A. Melnikas des miniatures de manuscrits du *Décret de Gratien* ⁽⁸⁵⁾ permet une étude structurale et chronologique de l'iconographie du droit dans une perspective anthropologique, étude des tailles et places des personnages les uns par rapport aux autres, de la structure des images, des gestes, étude comparée des images avec le texte (précisions, mise en valeur de problèmes, contradictions). Cette recherche conduit à repérer, de la fin du XII^e siècle au début du XIV^e siècle, la montée d'un personnage, le plus souvent un évêque, qui dit le droit. Cette évolution très importante dans la pratique juridique

tion de la poésie juridique d'un peuple, une plus grande encore comme terme de comparaison avec celle de tous les peuples. Aucune nation n'étant aussi riche en ce genre que l'Allemagne, ce que les autres possèdent trouve presque toujours une partie correspondante dans le recueil de Grimm, et peut en recevoir confirmation, interprétation. Une science nouvelle, indiquée par Vico, est devenue possible: la symbolique du droit », in MICHELET, *Oeuvres Complètes*, ed. Paul Viallaneix, Paris, 1973, p. 604.

⁽⁸³⁾ « Je voudrais pouvoir suivre le roi, le chef barbare, dans la pompe de sa *joyeuse entrée*, sur le lourd char d'Hertha, traîné de boeufs, ou dans sa *chevauchée* autour de son royaume. Je voudrais le montrer à table avec ses hommes (*convivae regis*). A chacun sa place et son droit; tout est réglé d'avance, nulle part avec plus de détails et d'originalité que dans les lois de Gales. L'étranger, l'héritier présomptif, le maître des faucons, le chapelain, le juge, le forgeron, le barde, tous siègent ensemble aussi gravement, que les électeurs au banquet de la Bulle d'Or ». *Ibid.*, p. 615.

⁽⁸⁴⁾ « Est-il permis au vassal de tousser ou éternuer en présence de son seigneur. Le *Jus Alemanicum* n'ose décider cette question. Un vieux feudiste discute celle-ci: "Aucun disent que le vassal doit trembler des mains dans l'acte d'hommage. Eh quoi! tout son corps ne doit-il pas plutôt trembler quand il aborde son seigneur?" », *Ibid.*, p. 615.

⁽⁸⁵⁾ A. MELNIKAS, *The Corpus of the Miniatures in the Manuscripts of Decretum Gratiani*, 3 vol., Rome, 1975.

est difficilement discernable par d'autres voies que l'analyse de l'image et de ses rapports avec le texte⁽⁸⁶⁾.

L'iconographie et l'anthropologie des gestes, sciences en plein essor, s'intéressent de plus en plus au droit et retrouvent en les modernisant les anciennes orientations de l'ethnojuridisme illustrées par K. von Amira et remarquées par Marc Bloch⁽⁸⁷⁾.

Dans son inventaire des significations de l'image au Moyen Age, François Garnier a mis dans son Index Thématique avec l'Histoire, la Littérature, la Médecine, la Morale, la Religion, la Science, le Droit, (illustrations du *Décret* de Gratien, des *Décrétales*, du *Digeste*)⁽⁸⁸⁾.

Une revue nouvelle *History and Anthropology*, dans son premier numéro réalisé sous la direction de Jean-Claude Schmitt, consacré aux *Gestes*, a fait la part belle aux gestes juridiques, notamment à ceux du droit canon et du droit pénitentiel⁽⁸⁹⁾.

(86) Cette étude a été menée à l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales par Jean-Claude SCHMITT qui achève un livre sur les gestes au Moyen Age.

(87) Un des tout premiers articles de Marc Bloch: *Les formes de la rupture de l'hommage dans l'ancien droit féodal*, in *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, 1912, repris dans *Mélanges Historiques*, 1963, t. 1, p. 189-209 étudie le geste de l'*exfestucatio*, ou rupture d'hommage par jet à la main d'un fétu (« c'est dans un geste de la main qu'il faut chercher l'acte essentiel ». Il se réfère au « grand travail » de Karl von Amira, *Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik*, in *Abhandlungen der Kg Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philos-, phil-und histor-Klasse*, t. 35, fasc. 2, Munich, 1909. Du même K. Von AMIRA, *Die Handgebärden in der Bilder handschriften des Sachsenspiegels*, in *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften zu München*, 23, 2, 1905, p. 161-263.

Cf. J. LE GOFF, *Le rituel symbolique de la vassalité*, in *Simboli e simbologia nell'Alto Medioevo*, Settimane di studio del Centro Italiano di studi sull'alto Medioevo, XXIII, Spoleto, 1976; repris dans *Pour un autre Moyen Age*, Paris, 1977 p. 349-420.

(88) F. GARNIER, *Le langage de l'Image au Moyen Age. Signification et Symbolique*, Paris, 1982, p. 253.

(89) Notamment Richard C. TREXLER, *Legitimizing prayer gestures in the XIIth century. The De Penitentia of Peter the Chanter*, in *History and Anthropology*, n° 1, 1984. *Gestures* ed. J. Cl. SCHMITT. La revue doit consacrer un prochain numéro spécial à *The Discourse of « Law »*, ed. Sally Humphreys.

Une revue spécialisée dans l'anthropologie historique du droit *Droit et Cultures* est publiée depuis 1981 par l'Université de Paris X-Nanterre⁽⁹⁰⁾.

Elle définissait ainsi son objectif: « Promouvoir des recherches interdisciplinaires en Anthropologie et en Histoire dans le domaine du droit » (n° 1981/1 p. 7).

Elle affirmait: « Parler de droit ou du droit n'a de sens qu'en référence à un système de valeurs et de normes propres à une culture donnée. Dans un grand nombre de sociétés de tradition orale, le droit n'est pas un système particulier de règles, de procédures et d'institutions constituant un domaine à part de la réalité sociale. Parler de droit ou du droit n'a de sens qu'en référence à une organisation socio-politique dont il est partie intégrante et c'est dans ses rapports avec cette organisation qu'il peut être défini comme système ou sous-système. Parler de droit ou du droit n'a de sens qu'en référence à son absence ou à sa négation. Il n'est pas partout et il n'existe que là où on peut l'ignorer ou le transgresser » (*Ibid.*).

Beaucoup d'articles sont consacrés à des sociétés non européennes ou non occidentales mais certains, souvent très suggestifs, concernent notre culture. Ils portent sur « costumes et coutumes » (1982/4) les « représentations juridiques et conséquences sociologiques du modèle domestique dans les Pyrénées » (1983/5), « l'opposition coutume-droit dans les systèmes de reproduction » (1983/6) où G. Lenclud pose la question suivante: « Peut-on reconnaître un état où les relations que nous nommons juridiques seraient conçues suivant un autre mode de pensée que dans le droit proprement dit et dans quel rapport cet état nous apparaît-il avec l'état juridique lui-même...? » (p. 20). Jean-Pierre Poly et Jean-Louis Gazzaniga entre autres ont collaboré à *Droit et Cultures*.

Je terminerai cet exposé-inventaire de problème par trois séries de remarques, concernant les risques des nouvelles orienta-

(90) *Droit et Cultures*. Cahiers du centre de Recherche de l'UER de Science Juridique de l'Université de Paris X-Nanterre. Avec en sous-titre depuis 1984, *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, Directeur Raymond Verdier.

tions de l'histoire du droit, les circonstances favorables à de nouveaux rapports entre historiens et historiens du droit, quelques principes simples pour une collaboration.

L'objectif est d'intégrer le phénomène juridique dans l'histoire sans le dépouiller de sa spécifique. Il rejoint des objectifs identiques à l'égard de la littérature et de l'art. Mais le phénomène juridique visé est un phénomène historique charnu et vivant dans une histoire élargie et ouverte.

Les risques qui menacent l'histoire du droit renouvelée sont extrinsèques et intrinsèques.

Risques extrinsèques: la disparition de l'histoire du droit ancien, largement amorcée en France, l'abandon par les historiens aux anthropologues du nouveau dialogue avec les juristes et les historiens du droit.

Risques intrinsèques: une conception trop large qui diluerait le droit et l'histoire du droit dans l'histoire politique, institutionnelle, sociale ou, aujourd'hui, une anthropologie historique sans frontières. On peut redouter un tel danger pour l'histoire tout court.

Il faudrait pourtant saisir quelques chances conjoncturelles qui devraient favoriser un meilleur dialogue entre historiens et historiens du droit.

C'est d'abord le *retour de l'histoire politique* mais d'une nouvelle histoire politique⁽⁹¹⁾ que l'on peut aussi appeler anthropologie politique historique⁽⁹²⁾. Elle se place sous de nombreux patronages et en particulier celui du grand précurseur que fut Louis Gernet, philologue, historien, juriste, anthropologue qui a renouvelé l'histoire de la Grèce ancienne en faisant une large part à une conception à la fois ouverte et précise du droit⁽⁹³⁾. Le droit doit ici affirmer son indépendance par rapport à la politicologie.

⁽⁹¹⁾ J. LE GOFF, *Is Politics still in the backbone of History?*, in *Daedalus*, hiver 1971, p. 1-19 repris dans *Historical Studies Today* ed. F. GILBERT et S. GRAUBARD, New York, 1972, pp. 337-355. Version française originale: *L'Histoire politique est-elle toujours l'épine dorsale de l'histoire?*, in *L'Imaginaire médiéval*, Paris, 1985, p. 333-349.

⁽⁹²⁾ J. LE GOFF, *Préface* à la nouvelle édition de Marc Bloch, *Les rois thaumaturges*, Paris 1983, p. XXXVIII.

⁽⁹³⁾ L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juri-*

Cette nouvelle histoire politique doit être une histoire des *valeurs* qui sont à la source du pouvoir et comment la faire sans le droit et les *valeurs juridiques*?

Elle doit être une histoire des *symboles* du pouvoir et, comme Michelet à travers Grimm l'avait bien senti, les *symboles juridique* n'en sont-ils pas une des principales catégories?

Elle doit être non plus une histoire de *la* politique, mais *du* politique, une histoire du *pouvoir*, dont nous savons qu'il est le coeur du politique. Or le droit n'est-il pas une forme essentielle du pouvoir? La justice — les justices — n'est pas seulement idéal, norme ou pratique mais aussi exercice de pouvoir, du pouvoir. Et ne faut-il pas faire une grande place aux justices parmi les détenteurs du pouvoir? Le pouvoir des intellectuels n'est-il pas particulièrement flagrant chez ces types particuliers d'intellectuels — spécialistes des sciences qui sont non seulement normatives mais aussi, comme on disait au Moyen Âge « lucratives » — que sont les juristes, les économistes, les médecins?

Une seconde circonstance favorable est l'*abaissement des barrières entre les sciences sociales*. Malgré les utopies et les erreurs de l'interdisciplinarité et le risque que j'ai évoqué d'une dissolution des disciplines et des savoirs dans un magma pseudo-scientifique, la marche vers l'interdisciplinaire, inscrite dans la logique de l'évolution scientifique et technique, progresse. C'est l'occasion pour les historiens et les historiens du droit d'y nouer de nouveaux liens privilégiés.

Si le domaine de l'histoire est en période conquérante, celui du droit l'est aussi: de nouveaux objets, de nouveaux champs s'offrent à lui. Le domaine juridique s'élargit. Le droit international, le droit du travail, les droits de l'homme obligent à repenser le droit. Les progrès magnifiques mais souvent inquiétants de la science suscitent la volonté chez l'homme de les maîtriser en

dique et morale en Grèce, Paris, 1917. *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, 1964². *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968. Cf. R. DI DONATO, *Les Grecs sans miracle*: Louis GERNET. Textes 1903-1960 réunis et présentés par R. DI DONATO. *Préface* de J.P. VERNANT, Paris, 1983.

repensant et en revigorant, voire en recréant, la déontologie, l'éthique, le droit. Si les divers spécialistes laissent les historiens en dehors de leur dialogue avec les juristes, ce droit nouveau n'aurait guère de chances, déraciné, d'être efficace.

La dernière chance, précisément, c'est la fièvre avec laquelle les hommes, aujourd'hui, sont à la recherche de leurs *racines*. Des racines non desséchées, mais vivantes, capables de donner naissance à de nouvelles floraisons, pas seulement à un futur, mais à un *avenir* gros de valeurs, de progrès et non de décadence. Un nouveau droit pour le présent et le futur, mais aussi pour le passé. Ce nouveau passé de l'histoire du droit ne peut émerger qu'au coude à coude avec les historiens, selon des problématiques renouvelées.

Pour ce dialogue, cette collaboration, je n'ai que quelques principes simples, quelques propositions presque évidentes à énoncer. Mais les vérités simples sont aussi, sont surtout difficiles à mettre en oeuvre.

Aux historiens je demande de se persuader que le droit fait partie de l'histoire — vie des sociétés et que l'histoire du droit fait partie de l'histoire-science de ces sociétés. Ils doivent s'y intéresser.

Aux juristes et aux historiens du droit, je dis que l'histoire du droit est indispensable à la science juridique comme à la science historique et qu'elle ne doit pas être refermée sur elle-même.

L'indispensable collaboration doit s'instituer par périodes. Elle existe en partie en Italie, elle est presque inexistante en France. Un certain nombre de médiévistes français ont explicitement souhaité la création d'un Institut ou au moins d'une Maison du Moyen Age, des Médiévistes, où se retrouveraient historiens du droit, de l'art, de la littérature, des sciences, de la philosophie, de la théologie et historiens tout court. Les réelles difficultés matérielles de réalisation de ce projet risquent de servir d'alibi à la tiédeur des esprits — aussi bien dans le milieu des universitaires que dans celui des pouvoirs publics et à la paresse des conceptions intellectuelles engluées dans la routine. Mais faisons une histoire de l'Antiquité, du Moyen Age, des Temps Modernes, du monde contemporain *ensemble*.

Cette collaboration doit aussi s'instituer par *aires culturelles* non pour s'enfermer dans un nouveau territoire, fût-il plus grand, mais pour poser les bases solides d'un véritable *comparatisme* qui, comme l'interdisciplinarité, ne peut exister que sur la base de disciplines solides, ne peut se réaliser qu'à partir d'aires de civilisation cohérentes. Et réalisons d'abord cet effort commun dans cet espace qui, pour avoir été modelé par une histoire et une culture communes, n'en demande pas moins à être construit avec détermination, avec ferveur: l'Europe. J'appelle à une étude des fondements historiques de l'espace juridique européen⁽⁹⁴⁾.

Il nous faut aussi des espaces scientifiques communs: des bibliothèques, des revues, des colloques interdisciplinaires au moins bi-latéraux comme celui-ci. Et par delà il faudra sérieusement penser à des institutions pluridisciplinaires internationales.

Nous savons aujourd'hui que nous sommes engagés dans deux des luttes les plus essentielles des individus et des sociétés humaines depuis les débuts de l'humanité. D'une part la constitution d'une mémoire puis la transformation de cette mémoire en un instrument de maîtrise du passé, l'histoire, sont indispensables pour vivre le présent et préparer l'avenir. De l'autre, l'établissement de règles fondées sur des valeurs garantissant le fonctionnement des sociétés et la place légitime des individus à l'intérieur de ces sociétés, règles dont l'ensemble a reçu le nom de droit, est également nécessaire.

Ce droit n'est pas immuable ni autonome. Il est dans l'histoire. Il ne peut donc y avoir de droit efficace sans histoire du droit. Mais l'histoire à son tour serait invivable et inintelligible sans faire sa place au droit. Il ne peut donc y avoir d'histoire vraie sans histoire du droit.

Certes, ces deux objectifs de l'humanité, ces deux outils, peuvent se transformer en instruments d'asservissement au lieu de

⁽⁹⁴⁾ Je n'ai garde d'oublier que des ouvrages relativement anciens, autrement orientés, demeurent importants dans une perspective européenne. Ainsi Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich, 1953. Au moment de remettre ce texte je reçois l'ouvrage de Giovanni SANTINI, *Europa medioevale. Introduzione allo studio delle strutture territoriali di diritto pubblico*, Milan, 1986, qui me paraît aller dans le sens que je souhaite.

libération. L'histoire peut déraiper vers un historicisme réducteur et une tradition paralysante et accabler les individus et les sociétés sous ce que Hegel a appelé « il fardello della storia ». Le droit peut glisser au juridisme, contribuer à l'immobiliser les sociétés, bloquer le mouvement de l'histoire, se substituer à des valeurs qu'on peut légitimement estimer plus hautes, devenir instrument de répression comme une certaine manipulation de l'histoire. Mais ces déformations, ces outranches, ces dégénérescences sont évitables.

Trop longtemps ces deux efforts, vers l'histoire et vers le droit, ont été séparés et aujourd'hui même ils semblent, dans nos sociétés, tirillés entre des tendances qui approfondissent entre elles la distace — soustrayant le droit à l'histoire et l'enfermant dans un présent sans épaisseur et la vision d'un futur sans profondeur — et d'autre part à des mouvements susceptibles de conduire à un approfondissement commun des héritages vivifiants.

Il nous appartient à nous, historiens, de ne pas rester des spécialistes d'une histoire qui, comme le kantisme selon Hegel, aurait les mains pures parce qu'elle n'aurait pas de mains — sans littérature, sans art, sans techniques ni sciences, sans vie matérielle ni spirituelle, sans valeurs, sans droit. Aux historiens du droit il appartient d'être des historiens à part entière, échappés au ghetto du juridisme.

Nouons ensemble, dans la réflexion et la recherche communes, mais dans le respect de nos différences, une collaboration pour la réalisation, dans les écoles, dans les universités, dans les sociétés, de cette exigence scientifique, intellectuelle, sociale et morale de notre temps: une histoire rénovée du droit, une histoire rénovée avec le droit.

P.S. — Le retard que j'ai pris dans la rédaction de cette communication et qui a malheureusement retardé la publication de ce volume m'a permis de prendre connaissance d'une remarquable étude d'histoire juridique et sociale: *Fama e Infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1985 de Francesco Migliorino. Sur ce grand problème de la renommée, de la réputation au Moyen Age, je rap-

pelle la très originale et très suggestive étude de G. Ortalli, *La pittura infamante nei secoli XIII-XIV*, Rome, 1979. Voir aussi A. Freiherr von Müller, *Gloria Bona Fama Bonorum. Studien zur sittlichen Bedeutung des Ruhmes in der frühchristlichen und mittelalterlichen Welt*, Husum, 1977 (Historische Studien, Heft 428).

CINZIO VIOLANTE

STORIA E DIMENSIONE GIURIDICA

Venerati colleghi, signore e signori,

non mi era finora mai capitato di dover fare *in limine* — come dite voi giuristi — professione di umiltà, poiché fra i miei difetti non può essere annoverato quello della modestia. Ma questa volta devo chiedervi proprio di perdonare le mie manchevolezze, perché sono chiamato a un compito che è più grande di me, e comunque diverso dai miei abituali.

INTRODUZIONE

L'amico Paolo Grossi, invitandomi a questo convegno, mi aveva detto di limitarmi a esporre le mie esperienze di storico 'generico' (non oso dire 'generale' o 'puro') che ho fatte trovandomi alle prese con la storia del diritto. Ma tale resoconto non desterebbe alcun interesse. Infatti, obiettivamente si impone — invece — un più ampio esame di storia della storiografia, e non si potranno eludere riflessioni — anche teoriche — a proposito della storia generale.

Ora, io credo molto nella importanza della filosofia della storia e della filosofia del diritto e nell'utilità della teoria della storiografia; ma non ho né attitudini né preparazione per tutto questo.

E d'altra parte ritengo che il pensare storiografico concreto sia almeno difficilmente riducibile a forme logiche: preferisco pertanto studiare i capolavori della storiografia nei loro procedimenti concreti, al fine di arricchire le mie esperienze personali, di sviluppare il mio interesse per lo specifico compito dello storico

e di affinare così, per quel che siano, le mie attitudini al mestiere. E quando poi mi accingo al lavoro, cerco di dimenticare teorie ed esperienze e vado avanti con lena. Solo al compimento della mia opera e — ancor più — a distanza di tempo, cedo alla tentazione di riconoscere in ciò che ho scritto, con molti rimpianti per la fatica spesa ma a volte anche con un certo compiacimento solitario, qualche idea conduttrice.

Alla formulazione del tema *Storia sociale e dimensione giuridica* ho osato togliere l'aggettivo 'sociale', per una certa perplessità che esso desta in me. Mi son chiesto infatti: la storia sociale dev'essere intesa come un particolare, per quanto comprensivo, aspetto della storia? o — semplicemente — come storia, come tutta la storia, designata in questo suo carattere essenziale? Nel primo caso la storia sociale avrebbe una preponderante dimensione strutturale e normativa con caratteri analoghi a quelli della dimensione giuridica e, venendo meno il contrasto, il confronto che il nostro convegno si propone perderebbe di interesse; nel secondo caso l'aggettivo 'sociale' sarebbe superfluo e, in un certo senso, fuorviante.

Dunque il titolo che ho dato a questo mio intervento è *storia e dimensione giuridica*, intendendo la dimensione giuridica in senso lato, nel quadro della più vasta dimensione normativa.

Mi riferirò quasi esclusivamente alla storia medioevale, anzitutto — ovviamente — perché sono di professione un medioevista, ma anche per una ragione obiettiva: lo spostamento dell'attenzione degli storici del diritto dall'età medioevale alla moderna e alla contemporanea ha coinciso con un netto mutamento nei loro orientamenti di metodo, a riguardo non solo della storia ma pure della scienza giuridica, e ha avuto, oltre a ragioni scientifiche e culturali, motivazioni ideologiche e perfino politiche. Negli studi sull'età medioevale gli storici del diritto si sono impegnati in quanto giuristi, più che non facciano ora per l'età moderna e la contemporanea; e pertanto il confronto degli storici 'puri' con la specificità della presenza del diritto nella storia mi sembra poter essere più istruttivo se viene condotto sul terreno del medioevo.

Lascio per un momento da parte gli interrogativi di fondo che pone il titolo stesso di questa mia avventurosa fuoriuscita di campo: *Storia e dimensione giuridica*, titolo con cui si chiederebbe allo storico se, in quel fluire di azioni idee e sentimenti che è la Storia, esista ed eventualmente quale sia e come si distingua una dimensione giuridica e, più ampiamente, normativa. E comincio col vedere i problemi che, d'altra parte, i rapporti tra scienza giuridica e storia posero — in certi momenti significativi — agli storici del diritto e agli storici delle istituzioni nelle loro ricerche e nelle loro, dapprima occasionali, riflessioni teoriche, divenute poi sempre più sistematiche. (Devo avvertire che mi pongo da un punto di vista prevalentemente italiano).

STORIA E DIRITTO NELLA STORIOGRAFIA GIURIDICA

La tradizione storico-giuridica ottocentesca aveva considerato la storia dei diritti nazionali come un lungo processo di trasformazione e di specificazione sfociante nelle codificazioni dei rispettivi Stati moderni. E, nel clima positivistico che dominava nella seconda metà dell'Otto e all'inizio del Novecento, la storia del diritto era stata concepita come studio della formazione dell'ordinamento giuridico attraverso l'evoluzione — deterministicamente intesa — dei singoli istituti giuridici e attraverso la conseguente trasformazione dell'intero sistema.

Contro tale concezione dogmatica del diritto si levarono, in Italia, già alla fine del secolo scorso voci e si manifestarono atteggiamenti di dissenso da parte di storici del diritto ispirati, più che da uno studio diretto del marxismo, da idee socialistiche non prive tuttavia di venature positivistiche (Giuseppe Salvioli, e i giovani Solmi e Besta e qualche altro). Le difficoltà che essi riscontravano nella storiografia di tipo 'dogmatico' erano il formalismo schematico, opposto all'individualità delle persone, delle istituzioni, degli accadimenti, e l'astrattezza concettuale, contrastante con la concretezza estremamente varia della realtà storica, delle condizioni materiali e culturali, dei bisogni e delle idee.

Questo malessere era tanto più avvertito, quanto maggiormente si sviluppava — per altro verso — la storiografia filologico-erudita con la sua esasperata ricerca del particolare. Anche la storiografia giuridica si fece allora filologica ed erudita, e diede grandi contributi in questo campo alla storiografia generale, con la quale non di rado finiva naturalmente col confondersi.

Ma d'altra parte tale storiografia giuridica di stampo filologico-erudito, per l'influsso del positivismo di cui era permeata, sviluppava una tendenza allo studio evolucionistico di singoli isti-

tuti giuridici, mentre la storiografia giuridica d'ispirazione marxista tendeva all'irrigidimento, beninteso negli schemi delle 'strutture' (1).

A soffrir meno di questa situazione erano gli storici — diciamo — 'senza aggettivi', i quali, a cavallo tra il vecchio e il nuovo secolo, erano in genere studiosi degli avvenimenti politico-diplomatico-militari o curiosi degli avvenimenti minori, dei fatti di costume: anche per affinità erudita con gli storici della letteratura e ormai pure con gli storici dell'arte, che proprio allora cominciavano ad apparire nel panorama accademico. Siffatti storici 'senza aggettivi' utilizzavano ampiamente i risultati filologici ed eruditi della storiografia giuridica, senza porsi — comunque — problemi di metodo circa i rapporti tra le due discipline (2).

Ma c'erano anche parecchi giovani storici, di varia provenienza ideologica, che cominciavano a disdegnare lo studio dei puri accadimenti e delle semplici curiosità e si interessavano alla varia composizione dell'ambiente umano in rapporto con le condizioni economiche, con le strutture del potere, con le lotte sociali. Quella che, dal punto di vista della filosofia e da un proprio particolare problema, fu chiamata da Benedetto Croce 'scuola storica economico-giuridica' (3) si occupava in realtà poco di eco-

(1) Per un esame storiografico d'insieme, cfr. BR. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946* (1950), ora nel suo volume *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, pp. 105-171. Indicazioni si trovano anche in altri saggi pubblicati nello stesso volume del Paradisi.

Il buon contributo di E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*. Congresso di Messina: 3-8 novembre 1981, Milano 1982 (Pubbl. dall'Ist. di Scienze giuridiche dell'Università di Messina), pp. 785-858, tratta — sinteticamente — anche il periodo anteriore al 1930.

(2) Del rapporto tra storici 'puri' e storici del diritto trattai nella mia correlazione sul tema *Gli studi di storia medievale* nel congresso organizzato il 3-6 marzo 1983 dall'Istituto di storia medioevale e moderna dell'Università statale di Milano: *Federico Chabod e la nuova storiografia italiana dal primo al secondo dopoguerra (1919-1950)*, a cura di BR. VIGEZZI, Milano 1984, pp. 71-98.

(3) B. CROCE, *Storia della storiografia italiana nel secondo decimono*, 2 voll., 3^a ed., Bari 1947, II, pp. 142-157. (I capitoli di quest'opera

nomia, come ben avvertì subito Gioacchino Volpe⁽⁴⁾, e parecchio invece — a mio parere — di diritto e di istituzioni politiche sfruttando l'ampia produzione degli storici italiani del diritto ma anche quella di studiosi tedeschi di storia del diritto e di storia costituzionale e sociale come H. Brunner, Gierke, Below, Hintze e altri.

Sintomo eloquente dell'interesse di quei giovani storici della scuola 'economico-giuridica' per la storia del diritto è il fatto che Gioacchino Volpe per le molte puntuali obiezioni su temi giuridici manifestategli personalmente dal Tamassia sentì subito la necessità di scrivere una fitta serie di aggiunte e correzioni al suo saggio sui *Lambardi e Romani*⁽⁵⁾ e sotto l'inevitabile impressione di tali critiche rifiutò poi sempre, fino ai suoi tardi giorni, di ripubblicare quel capolavoro⁽⁶⁾. Ma è particolarmente interessante che nel 1907, proponendo nella « *Critica* » crociana

erano stati pubblicati originariamente nei fascicoli della « *Critica* » apparsi dal 1915 al 1920. Di quest'anno fu la prima edizione in volume).

Nella sua polemica contro la storiografia che riteneva estranea a sé ogni considerazione filosofica, il Croce contrappose alla storiografia 'pura' e filologica quella che egli chiamò allora 'scuola storica economico-giuridica' come esempio della possibilità di fare una storiografia ispirata a una filosofia, quella marxista nella fattispecie. Perciò egli trascurò storici di altra ideologia che avevano gli stessi metodi.

(4) Nel saggio *L'insegnamento superiore della storia*, pubblicato nel numero di novembre del 1907 nella « *Critica* », e ora ristampato nel volume volpiano *Storici e Maestri*, 2ª ed., Firenze 1967, pp. 1-27. (La discussione avvenne sulla rivista « *Nuovi doveri* », nell'annata 1908).

Il Volpe lamentava che la storia economica, anche su argomenti italiani, fosse ancora praticamente tutta nelle mani di stranieri, specialmente tedeschi (p. 11).

(5) G. VOLPE, *Lambardi e Romani nelle campagne e nelle città. Per la storia delle classi sociali, della nazione e del Rinascimento italiani (nei secoli X-XV)*, in « *Studi Storici* », XIII (1904), pp. 54-81, 167-182, 241-315, 369-416. Gli *Emendamenti e aggiunte* seguirono nel volume successivo (XIV, 1905), pp. 124-143. (Ma i due volumi apparvero in ritardo, sicché l'autore poté citare lavori pubblicati nel 1905 e, negli *Emendamenti*, una recensione apparsa il 1906). Ora l'intera opera è ripubblicata nel volume G. VOLPE, *Origine e primo svolgimento dei Comuni nell'Italia longobarda*, Roma 1976, pp. 3-190.

(6) Di questo atteggiamento del Volpe posso dare testimonianza diretta.

i temi per una discussione sull'insegnamento universitario della storia⁽⁷⁾, il Volpe indicò nel ricorso alla storia del diritto e specificamente nello studio dei concetti giuridici e delle istituzioni, come anche nello studio degli ordinamenti economici, gli strumenti per dare ordine e senso al pulviscolo della miriade di dati minuti e di vicende particolari, insomma alla realtà storica frammentaria, disordinata e confusa, quale a lui altrimenti appariva.

Pure Gaetano Salvemini, acuto esegeta di testi statutari in saggi e in recensioni critiche a certe edizioni che ne furono allora fatte e studioso di testi dottrinali coevi sul governo comunale, fu molto più attento al diritto e alle istituzioni di quanto non si creda comunemente⁽⁸⁾.

Poi la scuola storica 'economico-giuridica', così composita com'era, cominciò a dissolversi, anche prima che sopravvenisse

(7) Il saggio del 1907 sulla « *Critica* » è citato alla nota 4. (Si vedano specialmente le pp. 9 ss.).

La discussione si svolse ampiamente nella rivista « *Nuovi Doveri* » nel 1908.

(8) G. SALVEMINI, *Gli ordini della Giustizia del 6 luglio 1295*, in *Arch. Stor. ital.*, s. 5^a, X (1892), pp. 241-261; *Gli statuti di Pistoia alla fine del Duecento*, in *Arch. stor. ital.*, s. 5^a, XI (1893), pp. 408-432 (ora in G. SALVEMINI, *La dignità cavalleresca nel Comune di Firenze e altri scritti*, a cura di E. SESTAN, Milano, 1972, pp. 9-29): è la recensione critica dei due volumi di edizione degli Statuti del Popolo e dello Statuto del Podestà del Comune di Pistoia, curati da L. ZDEKAUER; *Gli Statuti fiorentini del Capitano e del Podestà degli anni 1322-25*, in *Arch. stor. ital.*, s. 5^a, XVIII (1896), pp. 66-97 (ora nel vol. *La dignità cavalleresca ...*, cit., pp. 66-90); *Sulla origine della costituzione consolare nei comuni italiani*, in *Arch. stor. ital.*, s. 5^a, XVIII (1896), pp. 407-415 (ora nel vol. *La dignità cavalleresca ...*, cit., pp. 91-97): è la recensione a L. VON HEINEMANN, *Zur Entstehung der Städteverfassung in Italien*, Leipzig, 1896; *Il Constituto di Siena del 1262*, in *Arch. stor. ital.*, s. 5^a, XXI (1898), pp. 371-389 (ora nel vol. *La dignità cavalleresca ...*, cit., pp. 204-219): è la recensione dell'edizione del constituto fatta da L. ZDEKAUER; *Le consulte della Repubblica fiorentina del secolo XIII*, in *Arch. stor. ital.*, s. 5^a, XXIII (1899), pp. 61-113 (ora nel vol. *La dignità cavalleresca ...*, cit., pp. 232-297); *La teoria di Bartolo da Sassoferrato sulle costituzioni politiche*, nel volume G. SALVEMINI, nel volume *Studi storici*, Firenze, 1901, pp. 137-168; *Il « Liber de regimine civitatum » di Giovanni da Viterbo*, in *Giornale stor. della letteratura ital.*, LV (1903), pp. 284-303 (ora nel vol. *La dignità cavalleresca ...*, cit., pp. 358-370).

la guerra mondiale a disperder le persone o a rivolgere gli interessi ad altri tipi di storia, specialmente di storia politica diplomatica e militare, e ad orientare gli spiriti verso l'età moderna e la contemporanea, specialmente verso il Risorgimento. La crisi della scuola fu dovuta in realtà a pericolose scivolate verso il sociologismo, alle quali pose fine il Volpe con le sue drastiche e deterrenti recensioni (divenute presto classiche) ai noti libri di Gino Arias sul sistema corporativo medioevale e di Romolo Caggese sui Comuni rurali⁽⁹⁾.

A questo atteggiamento del Volpe non era estraneo l'influsso dello storicismo neoidealistico crociano, che intanto si veniva affermando con la sua concezione della storia come conoscenza dell'individuale concreto e con la sua concezione del diritto — invece — come attività pratica, generalizzante. Allora il distacco tra gli storici del diritto tradizionali e gli storici 'puri' di formazione crociana diventò netto: oltretutto, i primi rimasero fermi allo studio del medioevo, mentre gli altri ormai si volgevano sempre più all'età moderna e alla contemporanea. Tale distacco fu durevole e, per gli storici 'puri', persiste ancora: appena tre anni or sono, ad alcuni discepoli di Federico Chabod che organizzavano in sua memoria un congresso sulla storiografia italiana tra le due guerre mondiali non venne in mente di includere nel programma una relazione sulla storiografia giuridica, l'unica disciplina storica che in tale occasione non fosse considerata⁽¹⁰⁾.

*

⁽⁹⁾ G. VOLPE, *Il sistema della costituzione economica e sociale dell'Italia comunale*, nella « Critica », 1906, ora in *Medio Evo italiano*, 2ª ed., Firenze, 1961, pp. 283-318 (è la recensione del volume di G. ARIAS, *Il sistema della Costituzione economica e sociale italiana nell'età dei Comuni*, Torino, 1905); *Classi e comuni rurali nel medioevo italiano*, nella « Critica », 1908, ora in *Medio Evo italiano*, cit., pp. 141-188 (è la recensione del volume di R. CAGGESE, *Classi e comuni rurali nel Medio Evo. Saggio di storia economica e giuridica*, I, Firenze, 1907).

⁽¹⁰⁾ *Federico Chabod e la « nuova storiografia » dal primo al secondo dopoguerra (1919-1950). Giornate di studio organizzate dalla Facoltà di Lettere e Filosofia e dall'Istituto di Storia Medioevale e moderna dell'Università degli Studi di Milano: 3-6 marzo 1983, Milano, 1984.*

Gli studi teorici di autorevoli giuristi sul concetto di istituzione, che maturarono in Europa tra il primo e il secondo venticinquennio del nostro secolo, non ebbero immediata applicazione concreta negli studi degli storici del diritto: rimase isolato il libro su *La costituzione di Venezia dopo la serrata del Maggior Consiglio*, che l'esordiente Giuseppe Maranini, peraltro uno storico delle istituzioni, inserì il 1931 fra le prime l'attività editoriali della Nuova Italia, da lui stesso fondata.

Ma invero intorno all'anno 1930 furono pubblicate in Italia alcune importanti opere di allora giovani storici del diritto su vari temi (del resto molto vicini tra loro), nelle quali insieme con le forme giuridiche erano considerate anche le strutture economiche e sociali: alludo ai lavori di Gian Piero Bognetti sui Comuni rurali e le pievi⁽¹¹⁾, di Giuseppe Forchielli sulla collegialità del clero dal punto di vista canonistico e ancora sulle pievi⁽¹²⁾, di Giovanni De Vergottini sulla organizzazione amministrativa del contado da parte dei Comuni cittadini⁽¹³⁾, di Pietro Torelli, con

(11) *Sulle origini dei Comuni rurali del Medioevo, con speciali osservazioni pei territori milanese e comasco*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, X (1926) e XI (1927) = Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 30, Pavia, 1927. (Questo lavoro, insieme con altri dedicati dall'autore allo stesso tema, è ripubblicato nel volume G.P. BOGNETTI, *Studi sulle origini dei Comuni rurali*, a cura di FR. SINATTI D'AMICO e C. VIOLANTE, Milano, 1978).

Sulle pievi, che erano state oggetto della sua tesi di laurea diretta da Arrigo Solmi, il Bognetti pubblicò allora: *Le pievi della valle di Blenio, Leventina e Riviera. La presunta pieve di Faido*, in *Arch. stor. della Svizzera ital.*, I, (1926), pp. 40-52; *Le pievi della valle di Blenio. Leventina e Riviera. II: La pieve di val di Blenio o d'Oliverone*, in *Arch. Stor. della Svizzera ital.*, IV (1929), pp. 3-21.

(12) Una « *plebs baptismalis cum schola juniorum* » a San Giorgio di Valpolicella nell'età longobarda, in *Studi Urbinati*, 1927/2; *Collegialità di chierici nel Veronese*, in *Arch. Veneto*, III (1928); *La pieve rurale. Ricerche sulla storia della costituzione delle chiese in Italia, e particolarmente nel Veronese*, Roma, 1931.

(13) *Origini e sviluppo storico della comitatinaanza*, in *Studi Senesi*, s. 2^a, XVIII (= XLIII), 1929, pp. 347-481, ora in G. DE VERGOTTINI, *Scritti di storia del diritto italiano*, a cura di G. ROSSI, I, Milano, 1977, pp. 3-122.

una certa ispirazione derivante dalla sua milizia socialista, su un Comune cittadino medioevale in territorio agrario, Mantova⁽¹⁴⁾.

In quel momento (il 1929) Francesco Calasso, che è per noi un doveroso punto di riferimento, pubblicò il suo libro sulla legislazione statutaria dei Comuni dell'Italia meridionale⁽¹⁵⁾, inaugurando un nuovo corso della storiografia giuridica con una maggiore attenzione ai problemi non strettamente storico-giuridici, in particolare anche a quelli storico-politici. (Il primo volume di quell'opera, rimasto unico, riguardava, appunto, generalmente le « basi storiche »).

Lo studioso pugliese proseguì le sue ricerche storiche indirizzandole verso il pensiero giuridico del medioevo maturo e approfondì le sue idee sulla natura stessa della storia giuridica, giungendo per queste vie a formulare la sua teoria del 'diritto comune' concepito come l'esito del coerente sviluppo storico germinato già con lo scontro tra il diritto romano e i diritti germanici, influenzati l'uno e gli altri dal Cristianesimo. Secondo il Calasso, con la creazione del diritto comune si componeva finalmente in un grande sistema l'ordinamento giuridico superiore formato dall'Impero e dalla Chiesa, armonizzandosi in esso il diritto romano e il diritto canonico quali si erano venuti modificando nei secoli secondo le esigenze della vita storica.

Il sistema del diritto comune si formava proprio nell'epoca del più vivo contrasto tra Papato e Impero (fine del secolo XI - inizio del XII), quando però — grazie anche a quel contrasto — il pensiero giuridico della parte pontificia e quello della imperiale si approfondivano e si specificavano l'uno di fronte all'altro e

⁽¹⁴⁾ *Un comune cittadino in territorio ad economia agricola*, I: *Distribuzione della proprietà, sviluppo, agricolo, contratti agrari*, Mantova, 1930 (Accademia Virgiliana, Miscellanea, VII). Il II volume (*Uomini e classi al potere*) fu pubblicato postumo a Mantova il 1952.

⁽¹⁵⁾ *Legislazione statutaria dell'Italia meridionale*, I: *Le basi storiche*, Roma, 1929.

Su Francesco Calasso si veda PARADISI, *Gli studi di storia del diritto...*, in *Apologia della storia giuridica*, cit., specialmente le pp. 168-171; Id., *Storia del diritto, dogmatica e sociologia* (1971), ivi, specialmente le pp. 367-369. Ma importanti riferimenti al Calasso sono in tutto il volume.

venivano studiati e ritrovati testi canonistici e romanistici, e create nuove fonti canonistiche.

Il sistema del diritto comune comprendeva, distinti al suo interno, tutti gli ordinamenti particolari (feudali, comunali, monarchici), ed era in ogni sua parte continuamente reinterpretato e — attraverso l'interpretazione — integrato e rinnovato da glosatori, commentatori, giureconsulti, i quali, recependo le esigenze della vita storica, ricreavano la coerenza interna del sistema stesso su livelli sempre nuovi (16).

Nonostante la sua formazione concretamente storica, la sua articolazione interiore a seconda delle forze politico-culturali emergenti e il suo continuo rinnovamento ad opera di una giurisprudenza tendente a realizzare le varie esperienze della vita, il diritto comune era pur sempre concepito dal Calasso come un grande sistema perdurante a lungo nel tempo, come la « spina dorsale » della storia giuridica medioevale e moderna, anzi veniva da lui identificato 'tout court' con la storia del diritto europeo dalla caduta dell'impero romano alle moderne codificazioni (17).

Lo studioso tendeva a generalizzare il risultato delle ricerche storico-giuridiche fino quasi ad attribuire a loro valenza teoretica. Il sistema, storicizzato, acquistava per lui una importanza fondamentale nella dialettica della realtà storica. Le istituzioni vivono soltanto nel sistema giuridico e cessano di vivere quando questo con il volgere dei secoli cade in frantumi; ma, — sostiene ancora il Calasso —, dopo il crollo dei sistemi giuridici e le crisi che ne conseguono, i popoli possono perdere bensì il 'senso della legalità' ma non smarriscono il 'senso della giustizia', che, « deposito di un'esperienza secolare », « nei grandi sconvolgimenti della

(16) Questo discorso fu iniziato dal Calasso nella sua prolusione catanese *Il concetto di diritto comune*, 1934. Poi pubblicò *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I: *Le origini*, 1938.

I saggi di Calasso sul diritto comune sono raccolti nei suoi volumi *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951 e *Storicità del diritto*, Milano, 1966.

(17) Sul pensiero del Calasso si vedano PARADISI, *Gli studi di storia del diritto ...*, in *Apologia della storia giuridica*, cit., pp. 168-171 e G. CASSANDRO, *Storia e diritto: un'indagine metodologica*, in *Riv. di Storia del Diritto Italiano*, XXXI (1966), pp. 54-56.

storia ritorna alla luce come le fondamenta di un edificio crollato » (18): in altre parole, come un valore creato dalla storia, il quale diventa — per il suo perdurare — condizionante come punto di riferimento obbligato.

Non è certo una posizione di puro storicismo neoidealistico, ma nemmeno — a mio avviso — un semplice compromesso con un residuo di dogmatismo e di formalismo.

A ogni modo, secondo il Calasso il diritto rimane essenzialmente una produzione dello spirito per la decisiva funzione che egli attribuiva ai giuresperiti nella formazione e nel continuo svolgimento del diritto comune, anzi del diritto 'tout court': pertanto le loro opere diventano le fonti privilegiate della storia del diritto, e lo studio di tali fonti e dei rispettivi autori diventa argomento di elezione per lo studio della storia giuridica (19). Sono indicazioni di metodo fecondissime per i risultati concreti che ne sono derivati.

Accanto al Calasso va collocato Bruno Paradisi, il quale, essendo di formazione anch'egli storicistica, neo-idealistica, ma forse con maggiore attenzione per Giovanni Gentile e anche per Ugo Spirito che non per il Croce, iniziò — pochi anni dopo — una attività di ricerca di storia del diritto fondata su preoccupazioni storiche più concrete di quelle tradizionali ai giuristi. Ciò è evidente, in modo speciale, nel primo volume della sua storia del

(18) Il Calasso presentò una relazione intitolata *Pensieri sul problema della « continuità » con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana*, in *Atti del X Congresso Internazionale di Scienze Storiche: Roma 4-11 settembre 1955. Relazioni, VI: Relazioni generali e supplementi*, Firenze, 1955, pp. 521-545, in particolare p. 527.

(19) La grande opera di sintesi del Calasso fu appunto concepita — essenzialmente — come uno studio delle fonti, beninteso delle fonti legislative, esegetiche e giurisprudenziali, che erano praticamente le uniche considerate dall'autore, con esclusione di quella produzione spontanea del diritto che sono le consuetudini: *Medio evo del diritto, I: Le fonti*, Milano, 1954.

Per la collocazione di questo libro fra le sintesi generali dell'età medioevale compiute da storici 'puri' mi permetto di rinviare alle mie osservazioni nel volume *Federico Chabod* (cit. alla n. 10), pp. 92-94.

diritto internazionale⁽²⁰⁾, apparso allora (1940). Con quest'opera egli mirava a raggiungere una più soddisfacente visione storica del sistema giuridico medioevale. Per lui, infatti, anche il diritto internazionale era nel medioevo un 'diritto comune' in quanto il suo sviluppo storico si realizzava nei rapporti col diritto interno e con gli altri ordinamenti giuridici coinvolgendo non solo i rapporti tra le due supreme potestà ma anche il processo di formazione dei feudi, dei Comuni e degli Stati e lo svolgersi dei rapporti di queste realtà politiche particolari con l'Impero e con il Papato.

Il Paradisi ha proseguito ed esteso i suoi studi, oltre che nel campo della storia, in quello della storia della storiografia giuridica, considerata sempre in maniera problematica. Ai fondamenti, di origine gentiliana, della sua teoria della storiografia giuridica si devono l'attenzione che egli ha rivolta alle strutture costitutive della società e — di conseguenza — il suo impegno ad allargare al massimo il concetto di norma giuridica (una delle nuove esigenze allora più vivamente sentite). Tale allargamento si spinge fino a considerare il sistema di rapporti, che è costitutivo di ogni struttura storica, come una realtà, cioè un 'essere', che però si pone immediatamente anche come un 'dover essere', insomma come una norma — in senso lato — la cui osservanza è necessaria perchè la struttura stessa persista.

Di questa norma — diciamo — sociale la norma propriamente giuridica, astratta, (specificamente la legge), è una manifestazione derivata, riflessa, dovuta all'esigenza che alla stessa norma sociale sia assicurata attuazione, e resa possibile dall'esistenza di un'autorità capace di imporla.

Pertanto l'aspetto esteriore, formale, astratto, della norma non è concepibile indipendentemente dagli altri suoi aspetti, concreti, che lo condizionano. In questo senso la storia giuridica è per il Paradisi la storia nella sua pienezza e totalità, pensata concretamente in considerazione del diritto che essa produce⁽²¹⁾.

(20) *Storia del diritto internazionale nel Medioevo*, I, Milano, 1940.

(21) Questi temi sono affrontati — più o meno ampiamente — in tutti i saggi storiografici del Paradisi, che hanno in pari tempo preoccupazioni teoriche. Ma si vedano specialmente *I nuovi orizzonti della storia giu-*

In lunghi anni il Paradisi non ha mai cessato di approfondire, sperimentare, rivedere questa concezione, che non si è ancora composta in una teoria compiuta.

Più giovane di Calasso e anche di Paradisi, Giovanni Cassandro è stato fra gli storici giuristi il più fedele allievo di Benedetto Croce. In diversi scritti, pubblicati subito dopo l'ultima guerra mondiale⁽²²⁾, egli ha infatti insistito sulla metodologia della storia del diritto riprendendo in maniera molto netta le idee del maestro.

Fermo all'assunto crociano che il diritto è una forma pratica dello spirito e non una forma teoretica e pertanto non ha valore conoscitivo, il Cassandro nega che una storia del diritto fondata sulla considerazione del sistema giuridico nella sua evoluzione formale possa costituire una conoscenza storica. Egli parte dall'altro concetto crociano, che non esiste una storia generale contrapposta a storie particolari settoriali ma esistono soltanto storie particolari in ciascuna delle quali si può cogliere in concreto la realizzazione della storia universale: pertanto il metodo storico è unico per tutte le storie così intese, e di queste varia soltanto l'oggetto specifico o — meglio — il punto di vista.

L'oggetto specifico della storia del diritto sono, per lo studioso barlettano, i « fatti giuridici », nei quali — a suo avviso — si concretizza il diritto astratto. Infatti egli sostiene che la storia del diritto deve cogliere nella produzione e nell'applicazione della norma astratta la concretezza della vita e che, per assurgere alla

ridica (1952-53), ora in *Apologia della storia giuridica*, cit., pp. 15-104; *Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica* (1955), ivi pp. 259-271; *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea* (1966), ivi, pp. 307-359; *Storia del diritto, dogmatica e sociologia* (1971), ivi, pp. 361-424; *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto* (1972), ivi, pp. 461-502.

In quel che ho detto nel testo mi riferisco anche alle considerazioni del CASSANDRO (*loc. cit.*, pp. 56-57) a proposito del Paradisi.

⁽²²⁾ G.I. CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari, 1949; *Storia e diritto: un'indagine metodologica*, in *Riv. di Storia del Diritto Italiano*, XXXIX (1966), pp. 5-84; *Introduzione* al volume FR. MEINCKE, *Aforismi e schizzi sulla storia*, trad. it., Napoli, 1966.

sintesi tra la sua natura di storia particolare e le esigenze della storia universale, essa deve considerare la vita pratica 'sub specie iuris' ma anche « nei nessi che la legano alle altre forme dello spirito » (23). « L'indagine non può fermarsi [...] a un superficiale contatto con le forme giuridiche; ma, per intendere queste nel loro significato storico, deve [...] ricercare quali forze si espressero nelle forme individuate, come esse in queste si composero, in che modo le piegarono ai loro fini e come a lor volta ne subirono l'efficacia. [...] Come lo storico del diritto potrà intendere le regole di questi rapporti, le categorie sotto le quali furono ordinati e raggruppati, l'efficacia che esercitarono sulla vita reale, ritagliandole dalla restante vita economica e spirituale? » (24).

Dunque, concretizzandosi, la ricerca storico-giuridica si allarga, oltre il campo specifico del diritto, a tutti gli aspetti della vita: pur conservando il suo particolare punto di vista, essa si fa storia nel senso pieno della parola.

Tuttavia — secondo le ripetute ammissioni dello stesso Cassandro — le servitù prodotte dal carattere proprio del sistema giuridico non possono essere eliminate del tutto; ma rimane comunque indispensabile « l'uso di uno strumentario giuridico moderno come ausilio della ricerca storica e come espressione del discorso storico-giuridico » (25); ed è necessaria « la conoscenza [...] del linguaggio giuridico del proprio tempo per conoscere e penetrare l'antico muto linguaggio » (26). « Per lo storico del diritto vale la regola [...] di avvalersi delle categorie giuridiche del suo tempo, che è il linguaggio suo peculiare, e nel quale la realtà giuridica si manifesta e si ripropone » (27).

Il Cassandro invero si affretta ad avvertire che lo storico del diritto opera in questa maniera « non già per costringere nelle categorie giuridiche il passato o per elaborarlo alla stregua di esso, ma per renderlo a sé comprensibile » (28); tuttavia deve riconoscere che non si tratta di adoperare un semplice strumento

(23) CASSANDRO, *Storia e diritto*, loc. cit., p. 48.

(24) *Ibidem*, p. 60.

(25) *Ibidem*, p. 54.

(26) *Ibidem*, p. 40.

(27) *Ibidem*, p. 60.

(28) *Ibidem*, p. 60.

tecnico ma di fare i conti con delle strutture tendenti a persistere e a condizionare la realtà storica: « la concreta vita del diritto si svolge in costante tensione con la volontà astratta della legge, con gli schemi e le classificazioni della dottrina, con le formule e le norme, il corpo delle quali — osserva il Cassandro citando Herder — ‘ sta in mostra nei secoli ’ quando l’anima del corpo è sfuggita da tempo » (29).

In diversa maniera questi tre storici del diritto ispirati variamente allo storicismo neoidealistico insistevano sui nessi che la realtà giuridica, considerata nella sua concretezza, ha con le altre realtà della vita storica; e, d'altra parte, riconoscevano nella storia tralasciata da posizioni giuridiche il sempre rinnovantesi contrasto tra le forze vive individuali e le strutture, le forme consolidate, i sistemi.

*

Nelle linee tracciate dai maestri si posero, specialmente numerosi, gli alunni del Calasso, che passarono a occuparsi — in genere — del tardo Medioevo e del Rinascimento, e quelli del Paradisi, che si rivolsero soprattutto all'età moderna.

Tuttavia — siamo ormai agli inizi del periodo postbellico — permaneva la vecchia tradizione giuridica ed erano ancora attivi, qualche volta attivissimi, storici del diritto, quasi tutti medioevisti, appartenenti alle generazioni che avevano cominciato a lavorare già negli ultimi anni dell'Otto o nei primi del Novecento, insieme con altri che avevano esordito negli anni venti. E pertanto, quando a Spoleto — dopo un memorabile congresso sui Longobardi — fu fondato il Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo (1952), ben sei storici giuristi furono fra i ventuno componenti del primo consiglio direttivo: gli ormai venerandi Enrico Besta, che morì subito dopo, e Pier Silverio Leicht, che fece in tempo a dare alla prima Settimana spoletina un importante contributo sul feudalesimo, l'anziano Pietro Vaccari, che rimase ancora a lungo sulla breccia, e, più giovani, lo stesso presidente Giuseppe Ermini, Gian Piero Bognetti e Carlo Guido Mor.

(29) *Ibidem*, p. 56.

In quel periodo iniziale furono attivi collaboratori del Centro Italiano per l'Alto Medioevo anche degli studiosi stranieri molto impegnati nella storia del diritto: François-Louis Ganshof, studioso della legislazione e delle istituzioni franche, oltre che della politica carolingia, Claudio Sanchez Albornoz, storico delle istituzioni più che propriamente storico del diritto, e poi il più giovane Jean-François Lemarignier, originariamente 'chartiste' e storico giurista, che si affiancò specialmente al Bognetti.

Non è un caso ma segno dei tempi se questi due giuristi della generazione che aveva cominciato a produrre scientificamente tra gli anni venti e i trenta hanno finito con l'abbandonare sostanzialmente la storia del diritto per passare — sempre rimanendo in campo medioevistico — alla storia generale, considerata specialmente nei suoi aspetti religiosi. (Bognetti poco prima della sua precoce morte, il 1963, pensava di trasferirsi alla cattedra di storia medioevale della Facoltà di Lettere dell'Università Cattolica di Milano; Lemarignier passò presto a insegnare 'storia delle istituzioni e dei fatti sociali' nella Facoltà di Lettere della Sorbona e poi entrò a far parte di una delle nuove 'Unità d'insegnamento e di ricerca' insieme con gli altri storici)⁽³⁰⁾.

*

Ma intanto si accentuava la preoccupazione storicistica degli storici del diritto, proprio mentre questa esigenza si faceva sentire viva anche nei giuristi.

Tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta, infatti, sotto la spinta degli avvenimenti politici e delle nuove proposte di modelli culturali, nella scienza giuridica si andò affermando una tendenza all'antiformalismo e si creò un rilevante interesse per la considerazione storica del diritto. In quest'ordine di idee l'ordinamento giuridico nella sua sistematicità formale non era più concepito come un valore di per sé, ma come il pro-

⁽³⁰⁾ Cfr. *Il Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo. Venticinque anni di attività (1952-1977)*, Spoleto, 1977, e, in particolare, ivi, C. VIOLANTE, *Le istituzioni ecclesiastiche*, pp. 78-92. Si vedano, inoltre, i *Ricordi spoletini di François-Louis e di Jean-François Lemarignier* nel volume di C. VIOLANTE, *Devotio di Ganshof Clio*, Roma, 1985, pp. 97-139.

dotto storico di forze politiche, di interessi economici-sociali, di ideologie⁽³¹⁾. La tradizione dogmatica non era più considerata come soggetto di diritto, che dovesse essere semplicemente interpretato; e il giurista — secondo ciò che la storia insegnava — non era l'applicatore di una mera tecnica, politicamente neutrale, ma aveva una funzione valutativa e pertanto si poneva come responsabile del mutamento dell'ordinamento positivo. Lungo queste linee ideali si mirava nella pratica — rispettivamente — alla 'decodificazione' e allo smantellamento della tradizionale 'certezza del diritto'.

Queste tendenze esercitarono indubbiamente un influsso sulla storia del diritto, ma alla lor volta, se non erano state originate, erano almeno sostenute e rafforzate dal progressivo orientamento storicistico di questa disciplina, anche per il nuovo impegno degli storici giuristi a rendere più stretti i loro rapporti con la scienza giuridica in quel momento di travaglio per modificazioni concettuali e pratiche.

Così all'inizio degli anni settanta sboccò una nuova fioritura di studi storico-giuridici di orientamento fortemente storicistico e di interessi modernistici: ne erano l'anima vivaci centri di ricerca, allora sorti, di varia ispirazione ideale.

Lungo questa direzione si posero importanti iniziative: Giovanni Tarello nel 1971 fondò a Genova la rivista « *Materiali per una storia della cultura giuridica* » e, l'anno dopo, Paolo Grossi diede inizio ai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*; nel 1973 la Società Italiana di Storia del Diritto presieduta da Bruno Paradisi scelse come tema del suo terzo congresso la formazione storica del diritto moderno in Europa; e nel 1976 Raffaele Ajello e Vincenzo Piano Mortari inaugurarono a Napoli la collana *Storia e diritto*.

Da allora la tradizione giuridica dogmatica divenne oggetto di studio storico non più nella sua evoluzione formale ma nelle

⁽³¹⁾ Così nei seguenti saggi: L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, XV (1974), pp. 3-56; A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi storici*, XVII (1976), pp. 5-24.

realtà politico-sociali e nelle ideologie, nelle quali si ricercavano le forze che l'avevano prodotta e continuamente modificata: precipuo argomento di studio diventavano le condizioni della società e l'azione delle forze politiche dominanti, le correlative ideologie, e soprattutto la collocazione politico-sociale, il patrimonio ideologico, la formazione culturale dei giuristi e il loro costituirsi come ceti: un ceto non di meri tecnici, ma di creatori del diritto in quanto interpreti e collaboratori attivi della produzione legislativa secondo le esigenze proprie e dell'ambiente di cui erano espressione.

Con questo mutamento del metodo (e sostanzialmente dei fini) della storia del diritto era connesso il passaggio dei suoi interessi di ricerca dal medioevo all'età moderna e anche alla contemporanea. Questo spostamento delle ricerche verso nuove aree cronologiche dipendeva soprattutto dalle agevolanze che presentava un campo, come quello dell'età moderna, ancora quasi inesplorato e dalle difficoltà che all'applicazione del nuovo metodo presentava il campo medioevistico, il quale era stato a lungo (e in parte era ancora) coltivato da storici del diritto educati al formalismo giuridico. E c'era anche il motivo che un allargamento dei problemi e delle conoscenze fuori dall'ambito strettamente giuridico — come ora si richiedeva — era meglio realizzabile utilizzando le fonti dell'età moderna, molto più ricche e meno occasionalmente conservate che quelle del medioevo.

Ma contribuirono al nuovo orientamento cronologico anche le necessità poste dalla collaborazione che gli storici del diritto cercavano di realizzare con gli altri giuristi; anzi coloro che erano più sensibili a questa esigenza erano portati a considerare come 'moderna' (e, come tale, specialmente interessante) quella parte della storia del diritto che più direttamente appariva collegata al diritto attuale⁽³²⁾.

Ma il passaggio dallo studio del medioevo a quello dell'età moderna e della contemporanea è un fenomeno generale della cultura e storiografia internazionale di questo dopoguerra, special-

⁽³²⁾ Su tutto questo e su quanto segue si veda A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983.

mente nel campo della storia economica, dove si è passati soprattutto all'età contemporanea: ciò dipende da interessi di immediata applicazione pratica e dall'esorbitare delle cosiddette ' scienze umane '.

Qualcuno di questi nuovi storici del diritto ha giustificato il passaggio totale degli interessi scientifici all'età moderna adducendo il motivo che il medioevo, specialmente sul suo finire, sarebbe stato l'epoca in cui si affermò una completa e rigida sistematicità formale dell'ordinamento giuridico⁽³³⁾.

Ma tale opinione non corrisponde alla realtà, dinamica, costituita da un continuo sviluppo del diritto romano e del diritto canonico, e dei diritti germanici, attraverso un intreccio di influssi: una realtà composta da una sempre maggiore molteplicità di soggetti di diritto e di ordinamenti giuridici sia pure entro l'ambito di un diritto comune, che però veniva sempre rinnovato dall'intervento dei giuristi, come riconosceva già il Calasso.

Anzi senza un'attenta considerazione del diritto medioevale non è possibile nemmeno comprendere pienamente lo sviluppo del diritto moderno: Adriano Cavanna ha infatti convincentemente osservato come il sistema del diritto comune che si sviluppò in Europa nel Cinque Sei e Settecento non sia comprensibile se non si risalga almeno alla prima parte del secolo XII, alla scuola di Bologna, cioè all'inizio del diritto comune, e se non si comprenda in qual maniera questo sistema sia stato fin dalle sue origini articolato e capace di trasformazione e non si riconosca che l'opera dei giuristi sia stata a tal fine continua e progressiva, come glossatori commentatori giureconsulti⁽³⁴⁾. Pertanto studi sulla preparazione culturale e professionale di singoli giuristi, sulla formazione del loro ceto in rapporto con l'ambiente politico e sociale e sui contributi della giurisprudenza alla modificazione del diritto possono essere realizzati ugualmente per i secoli XII e XIII come per i quattro secoli successivi: lo dimostrano — ad esempio — gli ottimi lavori sulla funzione dei giuristi nella interpretazione degli Statuti e nell'esercizio della giurisdizione in età

⁽³³⁾ BERLINGUER, *loc. cit.*, pp. 12-13.

⁽³⁴⁾ CAVANNA, *op. cit.*, pp. 12-22.

comunale, pubblicati da Mario Sbriccoli e da Pietro Costa, due rappresentanti della nuova storiografia giuridica⁽³⁵⁾.

Ad ogni modo, nell'ultimo ventennio gli interessi di ricerca degli storici del diritto, variamente ispirati allo storicismo, si sono rivolti soprattutto verso l'età moderna e anche verso la contemporanea. Coerentemente con i principi antiformalistici, filo conduttore di queste ricerche è l'attenzione speciale rivolta ai giuristi e soprattutto alla loro attività giurisprudenziale: i giuristi sono considerati individualmente, come esponenti di una determinata tradizione di pensiero (umanistica, giusnaturalistica, illuministica, giacobina, liberale), e/o collettivamente, come componenti di un cetto ristretto, che era espressione di ben individuate forze politico-sociali e delle rispettive ideologie. Così tendono a differenziarsi coloro che sono propensi a risolvere la storia del diritto in storia del pensiero giuridico e altri che, riducendola a storia delle 'sovrastrutture', sono portati a subordinarla alla storia delle 'strutture' economico-sociali e delle ideologie che ne sono espressione e mediazione.

Nello sviluppo cronologico sono oggetto di studio il tardo 'diritto comune' e la sua crisi nei secoli XVII e XVIII con l'esplosiva confusione degli intrighi interpretativi dovuta all'eccessiva fioritura giurisprudenziale, inoltre il processo di unificazione dei soggetti di diritto, considerato come una delle vie attraverso le quali si forma lo Stato moderno, e in particolare l'affermazione del giusnaturalismo e poi la polemica antigiusprudenziale dell'illuminismo giuridico, la lotta dei tribunali centrali contro la gestione giurisprudenziale del diritto comune, la politica riformistica dei governi illuministi, le diversità di posizione e i contrasti tra i giuristi nell'età di transizione e il loro contributo alle prime codificazioni negli Stati assoluti, e infine l'eguaglianza nel diritto dalle codificazioni giacobine alla codificazione moderata di Napoleone, la recezione del codice napoleonico nelle nuove codificazioni nazionali.

(35) P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969.

Come si vede, numerosi e importanti temi, generalmente di respiro europeo, spesso di grande rilievo e interesse politico, anche attuale, sono stati affrontati da questi storici del diritto.

Il loro contributo alla storiografia generale è stato indubbiamente grande e non ha nulla da invidiare a quello fornito dagli storici 'puri', anzi ha esteso il loro campo di osservazione, ha arricchito di nuovi temi e approfondito con nuovi problemi i risultati delle loro ricerche.

Ma assumendo il metodo della storia generale (o — se si vuole — della storia 'tout court') questi storici del diritto hanno affrontato i loro temi di storia giuridica ponendo al centro della loro attenzione non ciò che essi hanno di proprio, ma i modi di essere che sono comuni a tutti gli aspetti dello spirito umano. Così i sistemi giuridici, se sono ancora oggetto di studio, lo sono solo in quanto possono apparire risultato concreto dell'azione di forze politico-sociali ed espressione delle ideologie collegate con quelle, ma — per le ragioni già dette — non sono presi in considerazione nella loro coerenza interna e nella loro evoluzione formale.

Così lo storicismo di questi nuovi storici del diritto è assolutamente privo di residui formalistici, che pure — in vario modo — persistevano nelle posizioni neoidealistiche di Calasso, di Paradisi e perfino di Cassandro.

Per gli storici dell'età moderna e della contemporanea l'ingresso di questi storici del diritto nella loro area cronologica non suscitò particolari problemi di confronto di metodi o di distinzione di temi: c'è da dire che alcuni storici 'puri' hanno — a volte — rivaleggiato con siffatti giuristi nell'affrontare storicisticamente certi argomenti, diventati comuni: così Gaetano Cozzi, che ha studiato la politica veneziana a proposito del diritto da far adottare nella città e nella Terraferma durante i secoli XVII e XVIII⁽³⁶⁾, e Salvo Mastellone, che ha studiato la cultura dei giuristi e la formazione del loro ceto nella Napoli dei Seicento⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ G. COZZI, *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino, 1982.

⁽³⁷⁾ S. MASTELLONE, *Francesco D'Andrea politico e giurista*, Fi-

Gravi problemi per gli storici modernisti e contemporaneisti crearono invece, passando dall'età prestatistica all'età della statistica, gli storici dell'economia, i quali, al contrario dei giuristi, non adottarono il metodo storicistico ma applicarono all'interpretazione storica le leggi economiche, sempre più raffinatamente elaborate in modelli matematici.

Ai medioevisti il passaggio degli storici del diritto e di quelli dell'economia all'età moderna e alla contemporanea ha lasciato un gran vuoto: infatti la storia medioevale era stata per lunghi decenni campo di studio quasi esclusivo degli storici giuristi, che in certi momenti erano in maggioranza fra gli studiosi del medioevo; e dall'inizio del secolo agli anni settanta quella disciplina aveva avuto, fra i suoi cultori, storici economisti quali Gino Luzzatto, Armando Saporì, Amintore Fanfani, Giovanni Mina, Gino Barberi, Federigo Melis, Carlo Manlio Cipolla (passato poi, quest'ultimo, dall'altissimo medioevo all'età moderna).

Quanto all'economia, bisogna dire che gli storici medioevisti (in genere, di formazione letteraria) non furono molto turbati dalla perdita del contributo tecnico degli economisti, sia perché ritenevano — giustamente — che la scarsità, la eterogeneità e la occasionalità dei dati forniti dalle fonti medievali non consentono esami quantitativi veri e propri, sia perché giudicavano (meno correttamente) che, in un'età in cui l'economia era poco sviluppata e la scienza economica non era ancora sorta, non esistesse — nemmeno di fatto — una politica economica, per quanto primitiva.

Quanto al diritto, la lunga consuetudine di collaborazione con i giuristi e la tradizione di una storiografia attenta agli aspetti giuridici hanno lasciato ai medioevisti di provenienza letteraria qualche dimestichezza col diritto medioevale: non direi sempre interesse, tantomeno competenza. Tutti i medioevisti dunque hanno lamentato e lamentano che ultimamente gli storici del diritto abbiano trascurato l'età medioevale e quasi del tutto abbandonato l'alto medioevo: ma non credo che alcuno rimpianga una storiografia medioevistica di tipo strettamente giuridico-formale.

renze, 1960; *Pensiero politico e vita culturale a Napoli nella seconda metà del Seicento*, Firenze, 1965.

Infatti già sul finire degli anni venti Raffaello Morghen, nella scia del Volpe, avvertì l'esigenza che anche gli studi di storia medioevale si aprissero allo storicismo⁽³⁸⁾. In seguito è divenuta, questa, una concezione generalmente accettata, se non si tien conto delle ultimissime generazioni di medioevisti, piuttosto propensi all'empiria e suggestionati dagli schematismi delle ' scienze umane ' (39).

Ma — forse per gli antichi amori — solo qualcuno fa il viso dell'arme al diritto e agli storici del diritto; ed è prevalso nei medioevisti più avvertiti uno storicismo che tien conto della dialettica tra le forze individuali e le strutture prestabilite, tra le idee creatrici e le formulazioni acquisite, tra i casi concreti e le norme, tra le esigenze etiche e il diritto. Il rispetto per la tradizione storiografica giuridico-formale si è trasformata in un'esigenza nuova di sintesi dialettica, che sembra cercare di realizzarsi nella storia delle istituzioni, che non annulla quella tradizione ma superandola la comprende.

(38) R. MORGHEN, *La crisi degli studii medioevali e l'opera dello Stato*, in *Accademie e Biblioteche d'Italia*, 1/2, (1927), pp. 15-19.

(39) Di questo trattai nel mio intervento al congresso milanese in memoria di F. Chabod (cit. a nota 2), pp. 95-98.

STORIA E DIRITTO NELLA STORIOGRAFIA ISTITUZIONALE

Nel dopoguerra si è sentita fortemente in Italia fra i medioevisti, più che fra gli altri storici, l'influenza di Gabriel Le Bras, come studioso ormai non più — tanto — delle fonti giuridiche, delle collezioni canonistiche, quanto soprattutto delle istituzioni ecclesiastiche.

Le Bras insisteva sulla necessità di studiare, accanto alla formulazione astratta e sistematica dei diversi istituti giuridici, i casi concreti, al fine di individuare la varia fenomenologia reale e di ottenere una visione più articolata dei singoli istituti nelle loro effettive applicazioni: così, introducendo lo studio delle istituzioni ecclesiastiche, si eviterebbe anche — a suo avviso — che il passaggio da un tipo di situazione giuridica all'altro apparisca troppo brusco e netto. Infatti lo studioso francese giudicava che la molteplicità e varietà dei casi concreti di applicazione delle singole norme giuridiche costituisca una sorta di variegata fascia di transizione dall'una all'altra di esse⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia l'influsso del Le Bras non ha inciso molto — almeno a me così sembra — nella storiografia italiana nel senso di una maggiore storicizzazione. La sua spinta anzi ha agito in senso opposto, ed è risultata di duplice natura.

Da una parte, il procedimento di ricercare la esemplificazione — per quanto sia possibile — minuta, e tendenzialmente completa, delle applicazioni concrete di una data norma (procedimento proposto dal Le Bras al fine di mettere in rapporto i casi

⁽⁴⁰⁾ Cfr. E. POULAT, *L'histoire sociale et religieuse depuis Gabriel Le Bras* nel volume AA.VV., *Dieci prolusioni accademiche (1976-1985)*, Istituto per le ricerche di storia sociale e di storia religiosa, Vicenza, 1985, pp. 51-66.

concreti con il corrispettivo istituto giuridico nella sua formalizzazione astratta) ha portato non tanto verso una sintesi tra diritto e storia, tra istituti giuridici e realtà concrete, quanto piuttosto verso la casistica, anche sociologica. Come modello di questo tipo di storiografia indotto dalla suggestione del grande maestro francese, mi sia consentito di citare il saggio di Giovanni Cherubini sulla figura del prete di campagna nella letteratura toscana del Trecento⁽⁴¹⁾: è un esempio particolarmente significativo perché l'autore è uno studioso che pure ha vivissimo il senso dei problemi storici e perché questo stesso suo saggio ha spiccati meriti per tanti altri aspetti.

Dall'altra parte, con la sua visione unitaria e organica che comprendeva — quasi specularmente — il 'mondo di qua' e insieme il 'mondo di là', Gabriel Le Bras ha accentuato certi aspetti sistematici della storia, specialmente di quella delle istituzioni⁽⁴²⁾. Di tale concezione si è fatto poi interprete il suo erede italiano Luigi Prosdocimi⁽⁴³⁾. A questo proposito due anni fa, nella 'Settimana della Mendola' che si occupava appunto del pro-

(41) *Parroco, parrocchie e popolo nelle campagne dell'Italia centro-settentrionale alla fine del Medioevo*, in AA.VV., *Pievi e parrocchie in Italia nel basso Medioevo (sec. XIII-XV)*, Atti del VI Convegno di Storia della Chiesa in Italia (Firenze, 21-25 settembre 1981), Roma, 1984 (Italia Sacra, 35), I, pp. 351-413.

(42) Cfr. G. LE BRAS, *Prolégomènes*, in *Histoire du droit et des institutions, de l'Eglise en Occident* - Tome I, Paris, 1955; IDEM, *Institutions écclesiastiques de la Chrétienté médiévale*, 2 voll., s.i.l. 1959 (Histoire de l'Eglise, 12).

(43) Cfr. L. PROSDOCIMI, *Discorso di apertura: Per la storia della Cristianità medievale in quanto istituzione*, in AA.VV., *Le istituzioni ecclesiastiche della 'societas christiana' nei secoli XI e XII (papato, cardinalato ed episcopato)*. Atti della quinta Settimana Internazionale di Studio: Mendola 26-31 agosto 1971, Milano, 1974, pp. 3-18; IDEM, *Gerarchia di norme, strutture ecclesiastiche territoriali e ordinamento delle Chiese locali nel « Decretum Gratiani »*, in AA.VV., *Le istituzioni ecclesiastiche della « Societas Christiana » nei secoli XI e XII (diocesi, pievi e parrocchie)*. Atti della sesta Settimana Internazionale di Studio: Milano, 1-7 settembre 1974, Milano, 1977, pp. 800-823; IDEM, *Germi di 'modernità nelle istituzioni ecclesiastiche del secolo XII*, in AA.VV., *Istituzioni monastiche e istituzioni canonicali in Occidente (1123-1215)*. Atti della settima Settimana Internazionale di Studio: Mendola, 28 agosto-3 settembre 1977, Milano, 1980, pp. 720-731; IDEM, *Verso una storia globale della Cristianità: discorso di*

blema della ecclesiologia nei secoli XI e XII in rapporto col diritto⁽⁴⁴⁾, c'è stato un ampio dibattito, animato soprattutto dai numerosi interventi di Bruno Paradisi, che era fra il pubblico, e dalle risposte di Prosdocimi. In discussione era la grandiosa concezione unitaria, gerarchica, progrediente dall'alto, che Prosdocimi vedeva come il coronamento del pensiero cattolico medioevale circa la Chiesa e la 'Cristianitas' o 'società cristiana'; e le obiezioni, più o meno radicali, di parecchi vertevano sulle dottrine ma soprattutto proponevano distinzioni tra il piano delle teorie e quello delle realtà.

In questo dopoguerra in Italia si è ripreso da più parti il problema della storia delle istituzioni, destando l'interesse — soprattutto — degli storici medioevisti.

Dall'inizio degli anni cinquanta la particolare natura della storia delle istituzioni rispetto alla storia del diritto è stata illustrata da Antonio Marongiu⁽⁴⁵⁾, che nelle ricerche compiute si è poi occupato a lungo specialmente delle istituzioni parlamentari promuovendo una ampia serie di studi in campo internazionale.

Lo storico giurista sardo considera soltanto la storia delle istituzioni politiche, escludendo — come vedremo — la possibilità

apertura, in AA.VV., *La Cristianità dei secoli XI e XII in Occidente. Coscienza e strutture di una società, Atti della ottava Settimana di Studio: Mendola, 30 giugno - 5 luglio 1980*, Milano, 1983, pp. IX-XXV.

Ma si veda anche L. PROSDOCIMI, *Gabriel Le Bras, storico delle istituzioni della Cristianità medievale*, in *Rivista di storia e letteratura religiosa*, III (1967), pp. 70-80.

⁽⁴⁴⁾ Alludo alla nona Settimana della Mendola (1983), che ebbe come tema: *Chiesa, diritto e ordinamento della 'societas christiana', nei secoli XI e XII*. (Gli Atti appariranno tra breve).

⁽⁴⁵⁾ *Considérations sur l'histoire des institutions politiques*, in AA. VV., *Miscellanea in onore di Roberto Cessi*, III, Roma, 1958, pp. 7-15 (è il testo di una relazione tenuta il 1951 a Poitiers alle « Journées d'histoire du droit et des institutions de l'ouest de la France »); IDEM, *Valore della storia delle istituzioni politiche*, in *Il politico*, 1953 (= *Scritti di sociologia e di politica in onore di L. Sturzo*, II, Bologna, 1953).

In generale si veda A. MARONGIU, *Storia del diritto pubblico*, Bologna, 1956.

di una storia delle istituzioni sociali. A suo avviso, la storia delle istituzioni politiche è la storia delle attività degli individui e dei gruppi che sono ordinate e coordinate nell'intento di esercitare o di acquistare la direzione politica, cioè di costituire conservare riformare o rovesciare le regole e gli organi fondamentali della società politica: è, insomma, la storia delle istituzioni che sono lo strumento o il risultato o solo l'obiettivo di tali attività.

In tale prospettiva le istituzioni politiche devono essere esaminate non tanto nella tecnica della loro organizzazione e delle loro forme giuridiche, quanto nel loro programma, nel loro funzionamento effettivo e nella loro influenza, e — ancor più — nel prestigio e nella capacità degli uomini che le rappresentano. L'organizzazione politica è infatti da considerare anzitutto come una realtà spirituale, come un insieme di idee, di propositi, di progetti, del quale il diritto può dare soltanto una regolamentazione, ' a posteriori '.

Il diritto è comunque parte ineliminabile delle istituzioni politiche in quanto esse costituiscono le strutture dello Stato e si inquadrano nell'ordinamento giuridico che ne promana.

Ma tale inquadramento nello Stato e nel suo sistema giuridico non necessariamente e non sempre si verifica per le strutture della società, sebbene anche tra gli organi e gli organismi di uno stesso ambiente sociale esistano dei rapporti a determinati fini. Pertanto non è possibile concepire istituzioni sociali o di altro tipo ancora: vi sono infatti delle organizzazioni sociali dove l'idea di diritto non è realizzata, nemmeno incompiutamente, poiché sono dominate da idee forze e regole che non possono, a rigore, essere chiamate giuridiche. E — secondo il Marongiu, che nega l'identità tra società e diritto — non vale trovare una soluzione a questa difficoltà facendo ricorso alla teoria della ' pluralità degli ordinamenti giuridici ': i diversi ordinamenti giuridici, per esistere, dovrebbero essere coordinati tra loro nella subordinazione all'autorità pubblica, comune e generale, ma finirebbero col perdere, per ciò stesso, la loro molteplicità e il loro carattere sociale riducendosi alle istituzioni politiche che operano nel quadro dello Stato e del suo ordinamento giuridico; d'altra parte, non è concepibile la pluralità degli ordinamenti giuridici nello Stato senza contrasti che portino o alla vittoria della autorità pubblica o alla

riaffermazione esclusiva dell'ordinamento giuridico generale, o alla conquista dello Stato da parte di forze organizzate particolari, che impongono un nuovo ordinamento giuridico generale.

Il Marongiu conclude sostenendo che la storia delle istituzioni politiche, studiando le diverse (o — a volte — opposte) realtà che si celano sotto forme giuridiche fundamentalmente simili e i disparati regimi politici che possono realizzarsi a distanza di tempo nell'ambito della stessa costituzione, « esprime ciò che dà un aspetto a ogni società, il principio dinamico che ne forma i tratti essenziali »: a questo compito la storia generale e la storia del diritto sono inadeguate — rispettivamente — per difetto e per eccesso di specializzazione.

Al principio degli anni sessanta in Italia una meditata iniziativa riportò finalmente in primo piano il problema della storia delle istituzioni: la Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa, voluta da Gianfranco Miglio⁽⁴⁶⁾.

Questo studioso rivolge il proprio interesse soprattutto alla storia dell'amministrazione considerando come oggetto di tale storia la struttura e il funzionamento dell'apparato che ha il compito di eseguire le decisioni dell'autorità di governo. Egli ritiene individuabile un'attività amministrativa anche quando non vi sia distinzione tra personale di governo e personale esecutivo, e quando nella pubblica potestà non vi sia separazione tra il potere di governo e i poteri legislativo e giurisdizionale. Perciò considera la storia dell'amministrazione pubblica solo come un ramo della storia delle istituzioni politiche, e comune il metodo alle due discipline.

Dell'apparato amministrativo — secondo il Miglio — devono essere studiati — nei loro mutamenti — le competenze, gli organi, il personale, le attività, le regole. Tutti questi elementi vanno considerati nei loro aspetti formali e nelle loro realtà effettive, nel mutare degli uni e delle altre e dei rapporti tra loro. Così,

⁽⁴⁶⁾ G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in AA. VV., *Atti del I convegno di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1957, pp. 1-15; IDEM, *Introduzione a una metodologia della storia amministrativa*, in *Annali della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa*, I, (1964), pp. 11-19.

se l'attenzione è in maniera precipua rivolta alle attività effettivamente svolte, le norme e l'ordinamento formale non sono perduti di vista, almeno come punti di riferimento, significativi.

D'altra parte, l'interesse per il 'personale di governo', per l'ambiente familiare e sociale di origine e di provenienza delle singole persone, per i loro interessi sociali e politici, per la carriera da loro compiuta, per la loro formazione spirituale culturale e tecnica comporta un allargamento della visione agli aspetti più generalmente storici, ma in ispecie alla storia del pensiero politico, che è la disciplina professata accademicamente dal Miglio: il suo riferimento non è tanto alle « elaborate dottrine dei filosofi » o alle « geniali anticipazioni degli utopisti », quanto alle « idee elementari e generalmente diffuse in una determinata comunità » e a « quelle più particolari condivise dai tecnici e soprattutto dai pratici del governo » (47).

Ma l'atteggiamento di Gianfranco Miglio di fronte alla storia dell'amministrazione e alla storia delle istituzioni era, e resta, essenzialmente quello di un politologo. Egli, formatosi sui grandi autori tedeschi (da Max Weber a Carl Schmitt, da Otto Hintze a Otto Brunner) ha derivato anche da loro una non comune capacità di sistemazione concettuale, a cui ha dovuto far ricorso per la formulazione della sua razionalissima dottrina storiografica.

Lo studioso milanese ritiene che, poiché quelle due discipline (storia amministrativa e storia istituzionale) riguardano fenomeni la cui apparizione non è limitata nel tempo e nello spazio, si possa e si debba « salire dall'accertamento delle mere fattispecie storiche alla conoscenza di categorie e forme generali, vale a dire a una vera e propria tipologia » (48).

Il criterio tipologico consente di affiancare alla interpretazione 'genealogica' (procedimento speciale dello storico, che accerta la derivazione 'imitativa' delle singole strutture l'una dall'altra) l'interpretazione 'analogica', che, rilevando i tratti comuni delle istituzioni e della loro evoluzione, spiega la connessione intimamente necessaria tra le strutture rivelando il rapporto 'genetico' tra i rispettivi 'tipi'.

(47) MIGLIO, *Introduzione ...*, loc. cit., p. 18.

(48) *Ibidem*, pp. 13-16.

Con suggestivi riferimenti a concreti casi storici il Miglio sostiene che l'individuazione di una determinata tipologia per certe istituzioni è di ausilio per avvertire la differenza tipologica di altre; la caratterizzazione tipologica di questa o quella struttura complessa consente di mettere in evidenza la natura essenziale di uno sviluppo storico; la distinzione tipologica tra due strutture istituzionali può rivelare la derivazione dell'una dall'altra; una continuità tipologica può invece mettere in luce una continuità nello sviluppo effettivo di strutture formalmente diverse in ambienti che sono nell'insieme diversi.

Sono moduli interpretativi — come l'autore stesso riconosce — formulati « in via ipotetica », « con un ovvio margine di tolleranza », e bisognosi di verifica⁽⁴⁹⁾. Queste inevitabili riserve confermano che la conoscenza tipologica non può avere di per sé valore di conoscenza storica in senso proprio; e d'altra parte, sul piano dell'empiria, è mai possibile una vera verifica nelle scienze storiche?

Ma, comunque, quei moduli interpretativi esprimono l'esigenza di cogliere, più che per tentativi empirici, per intuizione o — se mi consentite di dire — per un salto di fantasia creatrice quell'incontro, che sempre si ripresenta nella storia, tra la dinamica azione individuale e la rete delle regole e dei sistemi formali, degli intrecci durevoli di forze, delle strutture superindividuali precostituite al momento dell'azione personale.

Il Miglio ha dato, più che contributi di ricerche storiche personali, l'avvio organizzativo e scientifico, specialmente con la proposta di temi di ricerca, a un'intensa attività di studio, e di esplorazione di fondi archivistici, che avrebbe potuto fruttare molto di più se la sua iniziativa non si fosse presto arrestata per motivi di carattere finanziario, proprio poco tempo prima che l'attuazione delle regioni e del nuovo ordinamento delle amministrazioni locali minori desse origine a una profluvie di finanziamenti per ricerche microstoriche, a volta dilettantesche, spesso comandate da scopi politici immediati⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 14.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. C. VIOLANTE, *Gli studi di storia locale tra cultura e politica*, in AA.VV., *La storia locale. Tema, fonti e metodi della ricerca. Atti del*

A ogni modo, l'influsso di Gianfranco Miglio sugli storici italiani orientati verso la storia delle istituzioni è stato grande: basterebbe il merito di aver diffuso la conoscenza della storiografia costituzionale tedesca, di Otto Hintze e in particolare di Otto Brunner, che io stesso ho imparato ad apprezzare cominciando a collaborare con il collega milanese alla Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa all'inizio degli anni sessanta scoprendo con l'autore austriaco notevole affinità di preoccupazioni e anche di idee.

In quel fervido centro di studi l'interesse per il Brunner fu immediatamente trasmesso ai giovanissimi allievi di allora, a Gabriella Rossetti⁽⁵¹⁾ e soprattutto a Pierangelo Schiera⁽⁵²⁾, i quali — rispettivamente nei campi della storia medioevale e della moderna — hanno lavorato e continuano a lavorare nella stessa direzione.

Per la sua concezione della storia il Brunner ha interessato soprattutto (e non sempre senza polemiche) gli storici del medioevo e anche quelli dei primi due secoli dell'età moderna.

Lo studioso austriaco polemizza generalmente contro le storie particolari, che considerano il divenire del loro specifico oggetto di studio soltanto come preparazione della sua realtà presente e pertanto sono portate a proiettare questa sul passato, ma si rivolge soprattutto contro la storia giuridica accusandola di avere attribuito all'età medioevale e alla moderna fino al secolo XVII i caratteri che furono dello Stato assoluto e poi dello Stato liberal-costituzionale.

In particolare egli accusa gli storici giuristi di avere generalizzato l'ottocentesco concetto formale di costituzione ('Kon-

congresso per il 50° anno della Società Storica Pisana (dicembre 1980), Bologna, 1982, pp. 15-31.

⁽⁵¹⁾ Per i suoi interventi nel campo della storia delle istituzioni si vedano, avanti, le pp. 103 e ss.

⁽⁵²⁾ Esordì poderosamente con il volume intitolato *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato: il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968.

Dedicò poi un volume a *Otto Hintze*, Napoli, 1974.

Ha tradotto, di O. BRUNNER, con sue importanti Introduzioni, i volumi: *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, 1973, e *Terra e potere*, Milano, 1983.

stitution ') e di aver fatto di tutta la storia una storia dello Stato di diritto, di avere attribuito anche al medioevo una grande rilevanza dello Stato e una netta distinzione tra potere politico e società, come tra diritto pubblico e diritto privato. Questi errori di prospettiva dipendono — a suo avviso — da una concezione giuspositivistica che ricerca nel passato l'evoluzione formale che ha preparato il diritto contemporaneo.

All'estremità opposta, ma con simili risultati di visione unilaterale determinata da un punto di vista contemporaneistico, il Brunner colloca la 'Machtsgeschichte', la storiografia della potenza, che offre interpretazioni di carattere strettamente politico, in chiave di potere.

Alle storie particolari, e specialmente alla storia giuridica, il Brunner contrappone una storia 'globale' sostituendo, come oggetto di studio, alla costituzione 'formale' la 'costituzione materiale' o 'reale' ('Verfassung'). È, questa, la brunneriana 'storia costituzionale e sociale' ('Verfassungs- und sozial Geschichte'), che coglie, in una prospettiva unitaria, gli uomini e i gruppi umani di una data comunità storica nei reciproci rapporti associativi e competitivi a tutti i livelli: economico, politico, culturale.

In siffatta storiografia sono dunque oggetto di studio non soltanto i gruppi e i movimenti politici ma soprattutto quelli sociali e anche quelli economici e culturali, nonostante che l'articolarsi dei loro rapporti sia considerato essenzialmente ai fini della creazione, della conferma e del rafforzamento di poteri politici, che sono variamente distribuiti — appunto — fra i gruppi sociali. E tanto le relazioni tra individui, gruppi e movimenti, quanto i poteri politici sono còlti soprattutto nella loro realtà concreta e non soltanto nei loro aspetti giuridico-formali; ma questi non sono niente affatto esclusi come elementi che conferiscono stabilità istituzionale alle strutture che ne derivano.

Sia pure in maniera riduttiva, la storiografia teorizzata e praticata dal Brunner può essere chiamata 'strutturale' ('Strukturgeschichte') in quanto considera i concreti condizionamenti reciproci tra gli uomini, i gruppi, i movimenti, da una parte, e, dall'altra, le strutture, cioè gli elementi di coesione, i moduli di organizzazione, gli incontri, i nodi, stabili e significativi: strutture

geografiche, economiche, sociali, politiche, culturali, religiose. È la storia delle procedure attraverso le quali gli uomini hanno agito, creandole o subendole.

La storia è dunque intelligibile attraverso le strutture, ma a condizione che queste siano correttamente espresse da concetti ('Begriffe') interpretativi tipologici ai quali corrisponda una determinata terminologia. Il Brunner rifiuta come la generalizzazione delle strutture, così l'astrattezza della tipologia e della terminologia. A suo avviso, tanto le strutture quanto i concetti e i termini interpretativi devono essere considerati in un ben determinato quadro di riferimento storico: infatti molteplici strutture possono essere applicate per comprendere un determinato ambiente storico, ma bisogna scegliere quella che sia più idonea a tale scopo; per converso, la stessa struttura può essere utile per comprendere diversi ambienti storici, ma è doveroso cogliere il significato e il valore particolari che essa acquista nei singoli contesti; e, d'altra parte, gli stessi concetti e gli stessi termini non possono essere riferiti o attribuiti nella stessa maniera ad aree politico-culturali diverse, e si deve fare la storia dei vari significati che gli stessi termini hanno assunto nel tempo — a seconda anche dei luoghi — per designare realtà diverse.

Il Brunner giunge ad affermare che molto varie e di numero potenzialmente quasi infinito sono le strutture che possono essere ipoteticamente utilizzate per la comprensione di una realtà storica concreta, sicché è possibile, 'al limite', che una struttura coincida con essa. Così l'autore tenta di assicurare alla storiografia — per quanto sia possibile — il suo carattere individualizzante; ma, in fondo, egli non si occupa direttamente degli uomini in quanto soggetti e si limita a tracciare — per quanto gli riesce — concretamente il quadro di riferimento storico nelle sue articolazioni in modo che gli elementi individuali risultino al loro posto nell'equilibrio strutturale dell'insieme. L'intelligenza storica si realizza sempre per 'tipi' e l'individuale non viene colto se non per approssimazione. Rimane così — a mio avviso — nel Brunner il dualismo tra ciò che è individuale e mutevole e ciò che invece è superindividuale e stabile, che non è soltanto forma giuridica astratta ma struttura, in cui la realtà effettuale si unisce con la forma giuridica. In tale contesto concreto, istituzionale e non

come forma astratta dalla realtà, viene riconosciuta al diritto una funzione positiva nella storia.

Ai fini del discorso che si sta conducendo in questa sede l'opera del Brunner interessa soprattutto per questa tensione tra la ricerca dell'individuale e l'esigenza di una conoscenza secondo strutture e 'tipi', per il rifiuto di una storiografia giuridico-formale e il recupero delle forme giuridiche come elementi stabilizzatori delle istituzioni, e per l'impiego dei concetti non soltanto come strumenti interpretativi dello storico ma anche come criteri interiori secondo i quali nella storia si organizzano le strutture o i sistemi di strutture senza che necessariamente i protagonisti ne abbiano consapevolezza.

A un attento esame della storiografia costituzionale, soprattutto della tedesca, cominciò a dedicarsi Giovanni Tabacco verso la metà degli anni sessanta⁽⁵³⁾. Questo lavoro di storia della storiografia fu avviato dallo storico torinese anche nell'ambito di una collaborazione alla rivista della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa⁽⁵⁴⁾, ma ebbe subito un carattere diverso rispetto agli orientamenti proposti da Gianfranco Miglio in quella stessa sede, poiché si rivolse a una drastica polemica non solo contro Otto Brunner ma anche, dall'altra parte, contro gli storici del diritto.

Lo stesso Tabacco ha lucidamente teorizzato il suo modo di fare storia nella sua prolusione torinese, del 1967, intitolata significativamente *Potere e cultura nell'Italia precomunale*⁽⁵⁵⁾, e nella relazione su *Lo studio delle istituzioni medioevali in Italia*, da lui

⁽⁵³⁾ *La dissoluzione medievale dello Stato nella recente storiografia*, in *Studi Medievali*, I (1965), pp. 397-446 (ripubblicato in estratto), Spoleto, 1979, con poche pagine introduttive.

Nel 1965, nel volume LXXVII della *Rivista Storica Italiana*, pp. 711-719, il TABACCO pubblicò una impegnativa recensione al libro di K. BOSL, *Frühformen der Gesellschaft im mittelalterlichen Europa. Ausgewählte Beiträge einer Strukturanalyse der Mittelalterlichen Welt*, München, 1964.

⁽⁵⁴⁾ *L'ordinamento feudale del potere nel pensiero di Heinrich Mitteis*, in *Annali della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa*, I (1964), pp. 83-113.

⁽⁵⁵⁾ Torino, Edizioni di filosofia, s.i.a.

presentata nel maggio 1975 al primo Convegno dell'Associazione dei Medioevalisti Italiani⁽⁵⁶⁾, durante il quale, grazie anche alle relazioni di Ovidio Capitani e di Gabriella Rossetti, si iniziò tra i nostri storici del medioevo un vivace dibattito sulla storia delle istituzioni.

Il Tabacco ha definito la sua storiografia come « storia del potere istituzionalizzato » facendo proprio, a questo proposito, il concetto già espresso all'inizio del secolo da Maurice Hauriou⁽⁵⁷⁾, per cui « l'istituto giuridico è un'organizzazione che opera secondo una propria idea direttiva e che si sforza di durare e di riuscire efficace nel tempo con l'ausilio dell'apparato giuridico »⁽⁵⁸⁾. E lo storico torinese ha insistito sempre molto sull'intervento della cultura, specialmente della cultura giuridica, in funzione di sostegno del potere politico, il quale, una volta creatosi, cerca di affermarsi e di mantenersi. Qui il diritto appare in funzione strumentale, in quanto è una forza che viene adoperata per fini che essa non ha, estranei. E direi che quella « idea direttiva » che viene in qualche modo indicata come fine della struttura stessa, sembra non avere una consistenza propria, ma ridursi sostanzialmente alla tensione verso il mantenimento della struttura e del potere politico stesso.

Il Tabacco faceva riferimento anche al concetto di istituzione di Santi Romano, cercando di fonderlo con quello dell'Hauriou; ma non accettava la dottrina del giurista siciliano quando questi sosteneva che c'è coincidenza tra istituzioni e ordinamento giuridico e che l'ordinamento stesso e le norme assumono significato giuridico solo in tanto in quanto partecipano a un concorde e operante sistema di rapporti, di cui rappresentano una peculiarità come tecnica di funzionamento.

⁽⁵⁶⁾ *Convegno dell'Associazione dei Medievisti Italiani: Roma, 31 maggio-2 giugno 1975*, Bologna, 1976, pp. 19-29. (Fu pubblicata anche, con il titolo significativo di *Storia delle istituzioni come storia del potere istituzionalizzato*, nel volume antologico AA.VV., *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, a cura di G. ROSSERTI, Bologna, 1977, pp. 33-40).

⁽⁵⁷⁾ *La théorie de l'institution et de la fondation*, 1925.

⁽⁵⁸⁾ Sono parole del Tabacco, all'inizio del suo saggio citato alla nota 55.

Giovanni Tabacco non condivideva tale concezione del Romano, perché essa avrebbe significato la identificazione della pluralità degli ordinamenti giuridici con la pluralità delle forze e delle strutture sociali fino a identificare la società con la comunità politica. Egli invece condannava tale idea, così come quella, affine, del Brunner, circa la diluizione del potere fra tutte le forze e i gruppi articolati nelle strutture sociali, e accettava il concetto di pluralità degli ordinamenti giuridici solo in tanto in quanto poteva — così — riconoscere una molteplicità di strutture tendenti alla conquista del potere, cioè di strutture politiche, che nel medioevo determinavano, con la varietà degli interessi e delle combinazioni e degli intrecci di forze, una infinità di tensioni e uno stato di continua e molteplice lotta, secondo la sua definizione dell'età medioevale come quella della 'anarchia'. In tale stato di anarchia, nel contrasto tra le varie strutture e forze politiche finisce col prevalerne sempre una, che si organizza allora come « potere istituzionalizzato »; ma essa deve continuare a esercitare la propria potenza lottando contro le sopravvenienti forze politiche o è costretta a reimporci per riconquistare il posto perduto, se non vuole cederlo ad altre, nuove forze che riescano — alla loro volta — a conquistare il potere e a istituzionalizzarlo in proprie strutture. Così, pur in una grande ricchezza di motivi, la storia si riduce essenzialmente a storia delle istituzioni politiche, a storia della conquista e del mantenimento e della perdita del potere.

Al convegno romano del 1975 altre due relazioni, parallele, furono presentate — come si è già detto — da Ovidio Capitani e da Gabriella Rossetti, i quali, trattando il tema della storiografia italiana negli scorsi vent'anni nei campi — rispettivamente — della storia ecclesiastica e della storia sociale, non affrontarono o appena sfiorarono i problemi della storia delle istituzioni, ma lo fecero subito dopo, in articoli sollecitati dalla relazione tenuta in quella stessa sede dal Tabacco, che era stata dedicata appunto alla storia istituzionale.

Poiché seguirono ancora altri interventi del Capitani e della Rossetti alternandosi con qualche rilancio polemico, conserverò il ritmo di questa alternanza pure nella mia esposizione.

Per quanto mi sembra di essere riuscito a comprendere, il Capitani propone nella sua relazione romana ⁽⁵⁹⁾ una storia ecclesiastica intesa essenzialmente come storia della « coscienza di essere Chiesa ». Egli ritorna continuamente su questo punto, ma una sola volta indica anche, da una parte, l'oggetto e, dall'altra, l'applicazione terminale di tale presa di coscienza. Da questo più ampio punto di vista, storia della Chiesa è « storia del farsi di un sistema ecclesiastico e della coscienza » ⁽⁶⁰⁾ del sistema stesso, che diventa coscienza della società ⁽⁶¹⁾. Acquistando coscienza del proprio realizzarsi in un sistema ed estendendo tale coscienza alla interpretazione della società, la Chiesa partecipa a un processo di razionalizzazione che si applica alla società nella misura in cui questa, proprio in quanto cristiana, chiede alla Chiesa — pur provocando scontri di varia natura e origine — di essere da lei espressa e definita ⁽⁶²⁾.

La ' coscienza del sistema ', accogliendo o subendo le sollecitazioni della molteplice e multiforme realtà particolare che variamente si evolve in tempi relativamente veloci, si sviluppa con maggiore lentezza dovendosi far strada faticosamente attraverso i filtri di una cultura ispirata a modelli non sempre adatti (o, almeno, non immediatamente adatti) e a tradizioni talora ambigue e di problematica interpretazione.

In questa sfasatura e in questa incongruenza è — secondo lo studioso bolognese — la vera causa di tante tensioni e reazioni della storia della Chiesa. E, d'altra parte, solo dall'acquisita coscienza di una inadeguatezza o di un divario tra una sistemazione di principio e una situazione reale può derivare una spinta al processo di sviluppo storico.

Infine, proprio per il suo sviluppo lento e ordinato la storia della « coscienza del sistema » della e nella Chiesa può rivelare

⁽⁵⁹⁾ *Impressioni sullo stato della storia della Chiesa medioevale in Italia*, in *Convegno dell'Associazione ...*, cit., alla nota 55, pp. 51-70. Questo saggio del CAPITANI fu ripubblicato, con il titolo programmatico *Storia ecclesiastica come storia della ' coscienza del sistema '*, nel volume *Forme di potere ...*, cit., alla nota 55, pp. 41-55.

⁽⁶⁰⁾ *Forma di potere*, cit., p. 45.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 48.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, pp. 46-47.

significati e valori generali anche di lunghi periodi; mentre — sempre a giudizio del Capitani — la storia della cosiddetta ‘ società cristiana ’, pur presumendo a totalità, non solo è riduttiva in quanto esclude da sé la parte della coscienza riflessa e delle dottrine, ma considera essenzialmente il gioco vario e instabile delle forze economiche e sociali cogliendo nient’altro che realtà individuali e labili, prive di significato e vuote di valori⁽⁶³⁾.

Lo storico bolognese sostiene che non si deve ridurre la storia della Chiesa a storia delle formule giuridiche, ma rileva che non si può tuttavia non riconoscere fra i suoi più valenti cultori un Fuhrmann, che è storico del diritto canonico. Appunto nella storia del diritto canonico, ed essenzialmente in questa, l’autore coglie la « coscienza del sistema », in quanto egli non solo studia direttamente le fonti canonistiche come espressione del pensiero e della coscienza religiosa in riferimento alla organizzazione ecclesiastica, ma, anche quando esamina le altre fonti (cronache, libelli, trattati), studia soprattutto l’uso che queste fanno dei testi canonistici.

Nella relazione romana del Capitani le ‘ strutture ’ e le ‘ istituzioni ’ ecclesiastiche non sono nominate, semmai lo sono senza precisazioni; e il ‘ sistema ’, che è presentato così spesso come oggetto della coscienza della Chiesa, appare forse non più che una volta nella sua realtà strutturale e non ne dà mai spiegazione alcuna.

Queste lacune furono in qualche modo colmate, dal punto di vista del Capitani, nel suo articolo (immediatamente seguito) che già col significativo titolo si presentava come programmatico: *Le istituzioni ecclesiastiche medievali tra ideologia e metodologia* (1976)⁽⁶⁴⁾.

In consonanza con il Tabacco, lo storico bolognese si dichiara contrario alle idee sostenute qualche anno avanti (1971-1974) da Luigi Prodocimi⁽⁶⁵⁾, che aveva fatto propria la concezione medioevale (espressa da Bartolo da Sassoferrato) della ‘ *societas* ’

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, p. 51.

⁽⁶⁴⁾ In *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, XXX (1976), pp. 345-362.

⁽⁶⁵⁾ Si veda la bibliografia citata alla nota 43.

cristiana come la prima grande istituzione, da cui si diramano, gerarchicamente susseguentisi, tutte le altre, e che concepiva la società medioevale come Chiesa dilatata fino a comprendere ogni altra istituzione.

Questo rigetto di una globalità procedente dall'alto si affiancava — nel pensiero del Capitani — alla drastica polemica proclamata nella sua relazione romana contro la globalità della 'societas christiana', procedente dal basso.

Tuttavia egli consente con il Prosdocimi nell'accettare la concezione di Gabriel Le Bras secondo cui « il fine di tutto il diritto canonico è l'aldilà »; ma comunque non ammette che tale finalità ultraterrena incida ogni volta nella concreta realizzazione delle strutture organizzative e nelle finalità terrene delle istituzioni, poiché — sostiene —, è vano chiedersi se ciascuna istituzione sia rivolta a quel fine supremo, che, del resto, è in ogni filosofia della storia come un postulato⁽⁶⁶⁾. Non è infatti vera storia — osserva l'autore polemizzando contro l'« attualismo storiografico » di un p. Chenu o di un Alberigo — quella che in ogni momento si chiede se le istituzioni ecclesiastiche siano il tradimento della Chiesa primitiva, assunta come modello e meta finale di rinnovamento; ma è vera storia quella che cerca di riconoscere la effettiva dinamica delle forze operanti di una data epoca nella tensione che a livello organizzativo sociale e culturale si stabilisce tra due modi di intendere lo stesso fine.

Secondo il Capitani, nella storia operano forze che si organizzano in istituzioni e forze che sono fuori da una programmazione istituzionale; e tra le une e le altre egli riconosce una continuità che, se conserva la sostanza delle istituzioni, tuttavia conferisce a queste una fluidità, che lo storico coglie nella coscienza che i contemporanei avevano di quelle istituzioni nell'insieme del sistema.

Infatti per sistema lo studioso bolognese intende il complesso delle istituzioni operanti in un dato contesto storico con una potenziale dialettica di indirizzi determinata dalla molteplicità dei disegni parziali e particolari. Solo nella coscienza che i contemporanei avevano del sistema nel suo insieme si rivela la stori-

⁽⁶⁶⁾ Articolo citato alla nota 63, p. 349.

cià delle singole istituzioni, cioè il concretizzarsi del carattere proprio di ciascuna di esse in quanto non si associano in determinate categorie né si compongono in un quadro formale ma tendono a divergere.

In una società così centrifuga come la medioevale, la intensa dinamica delle forze e delle istituzioni crea l'esigenza di un adattamento al sistema, adattamento che — secondo il Capitani — è sempre un fatto consapevole; l'assestamento di quelle che Giovanni Tabacco chiama « sconnessioni » delle istituzioni si realizza solo quando si forma la ' coscienza del sistema ', mentre con la prevalenza del potere si ha solo una apparente, e instabile, composizione delle istituzioni.

I motivi etici possono essere colti dalla storiografia unicamente nelle testimonianze riflesse, nelle quali si può trovare l'esigenza o la riproposta della comune finalità, suprema, delle istituzioni.

A livello di ' coscienza del sistema ' — conclude l'autore — non ci può essere arroganza del potere, ma solo debolezza di pensiero: l'arroganza del potere è realizzabile solo nell'ambito del sistema.

La relazione romana di Gabriella Rossetti sugli *Studi italiani di storia sociale del Medioevo* (67) propose problemi e idee che nella riedizione del 1977 trovarono espressione in un titolo più esplicitamente significativo: *Storia della società come storia globale?* (68).

Per l'autrice di questo saggio, la storia sociale è infatti comprensione globale della vicenda umana nel passato, in quanto è storia di un consorzio umano organizzato in una data dimensione spazio-temporale, in cui classi e gruppi sociali hanno determinato mezzi di produzione, rapporti economici e forme organizzative proprie (69). In sintonia con Otto Brunner ella afferma che il punto di coagulo del cammino della società, il nucleo centrale creativo che, solo, dà un senso unitario alla storia sociale è « l'interna struttura » delle associazioni umane, la loro composi-

(67) In *Convegno dell'Associazione ...*, cit., a nota 55, pp. 31-49.

(68) In *Forme di potere ...*, cit., alla nota 55, pp. 57-70.

(69) *Ibidem*, p. 58.

zione. Se la storia sociale, in quanto studia la composizione dei gruppi umani, va distinta dalla storia politica, che considera l'agire politico finalizzato all'autoconservazione, tuttavia non si può comprendere lo stesso agire politico dei gruppi se non si comprende la struttura interna che li regge, così come — d'altra parte — le strutture relativamente stabili (le istituzioni) non possono essere comprese fuori dalle vicende politiche⁽⁷⁰⁾. Insomma, per comprendere — come dice la Rossetti con espressione brunneriana — la realtà 'costituzionale-sociale', intesa nel senso di una unità di ordine sociale e politico, è necessario comprendere l'interna struttura delle componenti sociali, il loro peso relativo, il punto della interazione⁽⁷¹⁾.

Per realizzare la storia 'costituzional-sociale' è necessaria l'analisi dei gruppi sociali; al fine di cogliere la complessa alchimia del loro associarsi si devono considerare il processo produttivo e il momento organizzativo non in una successione lineare, in un senso o nell'altro, ma nella loro interazione: la storia è un processo di realizzazioni organizzative che sono il risultato di un raggiunto equilibrio di rapporti sociali e di produzione, equilibrio che si manifesta in forme di potere allo scopo di perpetuare l'unità sociale e l'ordine politico conseguiti⁽⁷²⁾.

Affrontando il problema del posto che all'individuo può essere riconosciuto da una storiografia strutturalistica, la Rossetti afferma che, se si analizza la struttura della società nelle sue componenti e nel loro vario intrecciarsi, si è bene in grado, proprio per l'attenzione rivolta a cogliere il senso di certe correlazioni, di scoprire il significato profondo di manifestazioni individuali o di massa, e si sa astrarre dalla individuazione delle funzioni i tipi e la mentalità: a tutto questo può giovare la conoscenza più completa anche di quei grandi uomini che a ragione sono parsi riassumere i caratteri e lo spirito di un'epoca ma che troppo spesso, per una insufficiente ambientazione, sono stati visti in un deserto come portatori di idee che sono trasmesse da una mente all'altra o come precursori di ciò che doveva ancora avvenire.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, p. 59.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 60.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*, p. 61.

D'altra parte, l'autrice osserva che l'analisi sociale rende giustizia a quelle individualità che emergono di poco, per lignaggio o ricchezza o funzioni, dall'ambiente socio-politico in cui operano ⁽⁷³⁾.

Per tale storiografia la Rossetti giudica più utili le fonti documentarie che le letterarie o le figurative, perché queste appunto al confronto con quelle acquistano concretezza ed emblematicità. Le soluzioni dottrinali dettate dalla coscienza riflessa del sistema ecclesiastico nel suo insieme non possono dare altro che soluzioni astratte a problemi concreti, come — ad esempio — quello del matrimonio dei preti nei secoli X e XI: « non c'è [...] richiamo di intellettuale alla 'vita vere apostolica', che possa sortire l'effetto di modificare le strutture della Chiesa se il disagio provocato da una situazione, divenuto insostenibile, non dà all'uomo di cultura e di fede l'indispensabile apporto di una spinta sociale »; e quel disagio non può essere compreso se non si considerano le conseguenze che l'esistenza di mogli, concubine, figli di preti portano nel campo giuridico ed economico dei benefici ecclesiastici e dell'attività pastorale, così come l'applicazione delle norme riformatrici a quel riguardo può essere valutata solo in riferimento alle stesse realtà economiche, istituzionali, religiose poco avanti citate ⁽⁷⁴⁾.

Nel 1977, raccogliendo — fra altri saggi di vari autori — le tre relazioni romane che abbiamo citate, Gabriella Rossetti premise al libro una *Introduzione* ⁽⁷⁵⁾, che finalmente affrontava il problema delle istituzioni nel quadro della storia sociale.

L'autrice concepisce « società e istituzioni non come due realtà che abbiano un'autonomia e diversa logica di sviluppo [...] ma in un rapporto organico che fa delle istituzioni la realizzazione peculiare di una particolare struttura sociale, l'ordito entro cui si tesse la trama dei rapporti sociali: esse non hanno vita per sé e non sono immobili come la riflessione giuridica tende a rappresentarle, ma vivono delle continue modificazioni che subiscono

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 62.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 66.

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*, pp. 9-29.

per le pressioni dei gruppi sociali » (76). Non c'è storia sociale che non sia anche istituzionale, e viceversa.

Allo storico sociale importa non verificare l'aderenza della realtà alla norma formale, ma cogliere la logica interna che attraverso la concorrenza dei gruppi sociali regola le modificazioni insensibili che gli ordinamenti quasi quotidianamente subiscono finché non si imponga una nuova realtà istituzionale (77).

In opposizione alla tesi centrale di Capitani e in concordanza — di là dal Brunner — con una tradizione di pensiero italiana, la Rossetti sostiene che questa 'logica interna' è « una 'coscienza del sistema' che è dentro e non sopra la realtà »: infatti essa può essere ricavata per induzione « dai comportamenti sociali, e dai contenuti e dalla durata dei 'tipi strutturali' che si realizzano ». È insomma « la concezione immanente a una data struttura sociale, il nesso tra il modo di essere di una società e la cultura (sia riflessione dottrinale o normativa giuridica o ideologia) del potere civile o religioso » (78).

Prendendo d'altra parte le distanze dalle idee di Giovanni Tabacco, la studiosa pisana osserva come la società sia la sola realtà che « consente di comprendere perché il moto associativo abbia preso quelle determinate forme organizzative », le quali trovano « spiegazione, prima che nella riflessione dottrinale e nella norma giuridica, nella realtà sociale di cui sono espressione al servizio di interessi specifici e limitati, o più ampi e contraddittorii ». E la volontà politica interviene appunto per conciliare tali contraddizioni, perché essa sola è in grado di realizzare l'accordo ed è decisa a farlo per trarre un maggiore vantaggio per sé: a tal fine la volontà politica piega la tradizione giuridica e la riflessione dottrinale e ideologica all'esigenza di dare uno spazio durevole alla nuova solidarietà (79).

È questa — secondo la Rossetti — la logica del costituirsi della 'classe politica': la considerazione del contesto sociale da

(76) *Ibidem*, p. 9.

(77) *Ibidem*, p. 11.

(78) *Ibidem*, p. 11. Lo spaziato è mio.

(79) *Ibidem*, p. 12.

cui essa emerge dev'essere preliminare a ogni altra sugli organismi di potere ⁽⁸⁰⁾.

Scarsi contributi alla questione che stiamo trattando reca il pur lungo e complesso saggio del Capitani intitolato *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medioevistica* (1978) ⁽⁸¹⁾. In questo scritto infatti egli dedica il maggior numero delle pagine alla Rossetti e al suo modo di recepire le teorie di Otto Brunner nella sua concezione di una storia sociale come storia globale, ma orienta sempre le considerazioni al fine generale propostoci di mostrare come la mancanza o — in questo caso — la insufficienza di una riflessione critica sulla propria attività storiografica abbia impedito agli storici di dare del Medioevo una interpretazione complessiva in quanto civiltà dotata di caratteri peculiari ⁽⁸²⁾.

Riaffermando la propria idea dominante, che l'essenza di un'epoca, i suoi processi di svolgimento, i suoi dinamismi possono essere colti dallo storico unicamente con lo studio della 'coscienza del sistema' espressa dai contemporanei, il Capitani rimprovera alla Rossetti di non avere, pur nella sua pretesa di una storia 'globale', recepito né avvertito la parte, importante, fatta alla cultura nella società da Otto Brunner, a cui lei stessa si ispira. In belle e — persino — chiare pagine, che tengono presente — del Brunner — specialmente il libro sulla vita nobiliare del Seicento e si ispirano molto al commento che ne fece Ernesto Sestan ⁽⁸³⁾, il Capitani mette in gran rilievo la cultura e l'ethos della nobiltà com'è descritta dal Brunner e afferma non solo la contestualità ma la indistinzione tra realtà sociale e coscienza spirituale ⁽⁸⁴⁾; e, a riguardo di un'altra epoca e di un altro ambiente

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽⁸¹⁾ In *Studi Medievali*, 3^a s., v. XVIII (1977), (volume dedicato a Gustavo Vinay), pp. 395-460, ora in O. CAPITANI, *Medioevo passato prossimo*, Bologna, 1979, pp. 271-349.

⁽⁸²⁾ I temi che qui ci interessano sono trattati solo da p. 315 in poi di *Medioevo passato prossimo*, cit. alla nota 80.

⁽⁸³⁾ Prefazione a O. BRUNNER, *Vita nobiliare e cultura europea*, trad. it., Bologna, 1972, pp. IX-XXI.

⁽⁸⁴⁾ In *Medioevo passato prossimo* (cit. alla nota 80), p. 333.

(l'intreccio del mondo ecclesiastico e laico nel secolo X), arriva a suggerire che la contestualità del fatto culturale con la struttura sia colta non soltanto nelle riflessioni di un Raterio di Verona o di un Attone di Vercelli ma « forse prevalentemente » nella realtà di una lista necrologica, di un collegamento monastico, di una conversione, ricordando come esempio gli studi del Bognetti e della stessa Rossetti sul significato della dedicazione di chiese a certi santi. A me sembra che dallo stesso Capitani venga, così, spostato l'obiettivo anche su quelle concezioni che non si esprimono nella coscienza riflessa di un autore ma si manifestano nei comportamenti e nelle iniziative e nelle scelte concrete, dove si colgono quelle 'concezioni interne' che sono l'anima delle strutture.

Questa, forse non intenzionale, apertura del Capitani ai suoi combattuti avversari non fu avvertita da Gabriella Rossetti, che nel 1972 in un saggio intitolato *La storia istituzionale-sociale e l'odierno dibattito sulla storiografia medioevalistica in Italia* ⁽⁸⁵⁾ ritornò a polemizzare contro la riduzione della storia, e specialmente della storia delle istituzioni, alla storia del manifestarsi della 'coscienza del sistema' nella riflessione di « singole personalità emergenti ».

Ma — obietta l'autrice — questa coscienza non era soltanto in quelle determinate persone; e per valutare l'esattezza della interpretazione che esse stesse davano del loro tempo è necessario conoscere il grado di evoluzione della struttura sociale e politica, e chiedersi fin dove giungesse il livello della coscienza dei mali che affliggevano il proprio tempo o che cosa a quella interpretazione mancasse. Non bisogna infatti dimenticare che quegli uomini erano uomini del loro tempo; e un modo efficace per cogliere la mentalità e la cultura del tempo è appunto quello di rendersi conto del divario tra la realtà e la coscienza che se ne aveva ⁽⁸⁶⁾.

D'altra parte, « la consapevolezza implicita non trova espressione letteraria ma va indotta dalla realtà » ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ In *Annali dell'Istituto Storico italo-germanico in Trento*, IV (1978), pp. 255-271.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 262.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 264.

Per quel che riguarda le strutture e le istituzioni, la Rossetti, rispondendo alle accuse di indifferentismo teorico mosse dal Capitani, afferma che non deve essere intesa in tal senso la sua affermazione che è sostanzialmente irrilevante partire dal « momento organizzativo » (come lei stessa preferisce) o dai « processi produttivi » per ricostruire il dinamismo dell'evoluzione sociale e politica. Questa teoria si fonda sull'idea di Antonio Labriola circa « la complessità originaria del terreno umano storico », nel quale sono sempre compresenti condizioni economiche sociali politiche e culturali. Se il fatto rilevante rimane, per la Rossetti, il costituirsi dei gruppi sociali e la conquista, il mantenimento e la rottura di un equilibrio tra quelli, la base di partenza è sempre composita e la spinta verso un processo evolutivo può venire da ciascuno dei diversi elementi. Tale interpretazione, se riprende la tesi del Brunner circa l'importanza del costituirsi dei gruppi sociali, supera i limiti e la staticità del modello che lo storico austriaco non riconoscendo al fattore economico alcuna capacità di promuovere un ricambio sociale e politico aveva ideato per l'Europa preindustriale⁽⁸⁸⁾.

I problemi di fondo rimasti aperti nella ormai lunga discussione furono infine affrontati da Ovidio Capitani nella sua prolusione vicentina su *La nuova storia sociale come superamento di istanze idiografiche e nomotetiche*⁽⁸⁹⁾, letta nel febbraio 1982 all'Istituto per le Ricerche di Storia Sociale e di Storia Religiosa e appena ora pubblicata.

Questo saggio rappresenta una novità nello svolgimento del pensiero del Capitani, in quanto egli, sfruttando sue nuove esperienze di esegesi di storiografia costituzionale e sociale, fa in esso ricorso alle teorie di Otto Brunner e di Karl Bosl scendendo sul terreno della Rossetti ma con l'intento di superare la storia sociale nella storia della 'coscienza del sistema'.

Riprendendo espressioni di Karl Bosl, lo studioso bolognese segnala (come già il titolo indica) l'esigenza di evitare gli opposti pericoli di una « nomotetica pseudoesatta », che è una concettua-

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, pp. 266-267.

⁽⁸⁹⁾ In *Dieci prolusioni...* (cit. alla nota 40), pp. 167-187.

lizzazione generalizzante e astratta, e di una « idiografia destoricizzata », che considera solo gli elementi individuali e unicamente nei loro caratteri propri rendendo impossibile una intelligibilità storica. Il Capitani⁽⁹⁰⁾ consente ancora con lo storico monacense nel ritenere che tali opposti pericoli possono essere evitati solo se la concettualizzazione del 'tipo ideale' (che è 'nomotetica') viene mediata con la determinazione specifica (che è 'idiografica') ricorrendo, come concetto catalizzatore, al 'tipo reale' la cui validità ha limiti determinati: infatti il 'Realtypus' è sì, anch'esso, una raffigurazione tendente all'astrazione ma entro un dato ambiente storico. Mi pare che a questo proposito il nostro autore si acquieti in una soluzione di tipo brunneriano, che lascia fuori dalla conoscibilità storica l'individuale concreto.

Il Capitani affronta poi l'altro problema di fondo, che è quello di comprendere quale sia l'origine dei mutamenti delle strutture sociali. A suo avviso, lo storico può dire che il 'tipo ideale' si realizza, cioè diventa 'tipo reale', soltanto quando egli ha la consapevolezza del sistema della società; e — come dice il Bosl — « i 'tipi ideali' sorgono solo in ambito culturale, essi stessi e anche i 'tipi reali' si fondano su un'idea culturale e quindi politica ». Passando — come pure qualche altra volta mi è sembrato — da questo piano dello storico e della sua consapevolezza a quello della storia e della coscienza che gli uomini della storia avevano del sistema in cui vivevano, il Capitani deduce dalle citate affermazioni dello studioso monacense la conseguenza che « saranno ancora i fattori culturali e le decisioni politiche [...] a dare la dimensione storica al sociale ». (Salto che non si può addebitare al Bosl).

Ad ogni modo, lo studioso bolognese critica giustamente la concezione di una storia sociale immobile, secondo la quale ogni epoca sarebbe chiusa in se stessa perché avrebbe in sé tutto quanto può essere — a quelle condizioni — vissuto, con una dinamica esclusivamente interna, non proiettata verso il futuro.

⁽⁹⁰⁾ Ovidio Capitani ha scritto la *Introduzione* alla traduzione italiana delle seguenti opere: O. BRUNNER, *Storia sociale dell'Europa nel medioevo*, Bologna, 1960; K. BOSL, *Modelli di società medievale*, Bologna, 1979; K. BOSL, *Il risveglio dell'Europa: l'Italia dei Comuni*, Bologna, 1985.

Questa idea — a suo avviso — nasce da una concezione della storia sociale come storia della società nella sua composizione e nella sua funzionalità, dove tutto è sociale, e soltanto sociali sono i rapporti di ogni tipo tra gli uomini. E la matrice di tale posizione è l'idea che lo Stato non abbia alcuna funzionalità costruttiva e organizzativa nella società. Si manifesta su questa linea la tendenza a dare il massimo rilievo alla struttura come compatto aggregato umano, alla sua staticità. Quanto ai contenuti, l'attenzione si rivolge di preferenza ai settori di più lenta trasformazione, le strutture economiche, o — all'opposto, — a quelli di più facile e capillare mobilità, la vita quotidiana. (Ancora i due pericoli estremi segnalati dal Capitani già nel titolo).

Ma il mutamento di struttura — osserva l'autore — deriva sempre da un fattore esterno alla struttura stessa: da un intervento politico. E l'azione politica penetra nella società attraverso l'operato dell'amministrazione.

Ebbene, l'azione politica è sempre consapevole, razionale, finalizzata — in ultima analisi — dalla cultura e specialmente dalla coscienza del sistema, nella quale si determinano i propositi e i progetti. Essenzialmente in questa proiezione verso il futuro un'epoca acquista un senso; la teoria della 'avalutabilità' nasce invece dal considerare ogni epoca come chiusa in se stessa. Il culmine del politico — dice ancora il Capitani — può essere raggiunto partendo da ogni settore della società: se nell'interno si realizzano in forme associative attività anche culturali e religiose, si creano contrasti morali religiosi e culturali (oltre che economici e d'altro tipo) che possono trasformarsi in contrasti politici e determinare nuovi raggruppamenti, per le decisioni da prendere e/o per la lotta da condurre; nei momenti di crisi delle strutture le associazioni di ogni tipo diventano politiche. (Ma resta — a mio giudizio — da vedere perché e come sorgono i contrasti tra associazioni di ogni tipo e si creano le crisi delle strutture).

Nel mutamento delle strutture — afferma il Capitani — il salto di qualità è sempre un fatto consapevole in quanto è attribuzione di un valore al mutamento stesso; l'incremento quantitativo — egli ammette — realizza un salto di qualità, ma solo se è tanto da imporsi come tendenza.

L'unico concetto che si può tranquillamente generalizzare — conclude il Capitani — è questo: l'agire umano è sempre stato rivolto a dei fini, ed è stato composto di propositi e di progetti: coscienza, consapevolezza degli attori della storia, senza di che non è possibile la storiografia. Ma — oggetto —, a prescindere dal fatto che progetti e programmi possono essere campati in aria e velleitari e che bisogna tener conto della vichiana 'eterogeneità dei fini', comunque proporsi propri fini particolari non significa sempre avere consapevolezza della situazione storica e dei mutamenti che vi si possono determinare, e meno che mai comporta necessariamente di avere coscienza dell'intero 'sistema'.

Per quel che ci interessa in questa sede resta importante, nel saggio che ora abbiamo esaminato, la posizione centrale che vi assume il problema di risolvere nella relatività storica il contrasto tra l'individuo, da una parte, e la norma e la struttura, dall'altra, e — nel pensiero storico — l'opposizione tra l' 'idiografia' e la 'nomotetica'.

*

Tale disputa, sul valore storico delle istituzioni, che non è ancora da considerare conclusa, si è svolta — specialmente in Italia — soprattutto in campo medioevistico: era infatti naturale che l'interesse per i problemi che allo storicismo d'origine neoidealista si sono presentati, quando questo si è trovato di fronte la storiografia tipologica e strutturalistica, si manifestasse in maniera particolarmente acuta negli studiosi di un'epoca, come quella medioevale, in cui il pluralismo contrasta con i grandi quadri istituzionali e ideologici, il particolarismo si oppone all'organicismo, il dinamismo (qualcuno dice l'anarchia) compete con la stabilità. Non a caso, dunque, nel XIII Congresso Internazionale di Scienze Storiche (Mosca 1970), la relazione su *Storia degli avvenimenti e storia delle strutture* venne affidata a un medioevista, Ernesto Sestan⁽⁹¹⁾, il quale fra i primissimi in Italia aveva parlato di Karl Bosl in una approfondita recensione del suo gran libro sulla 'ministerialità'⁽⁹²⁾ e, pochi anni avanti, aveva tracciato il bilan-

⁽⁹¹⁾ Opuscolo separato, Casa editrice Nauka, Mosca, 1970.

⁽⁹²⁾ Recensione a K. BOSL, *Die Reichsministerialität der Salier und Staufer. Beitrag zur Geschichte des hochmittelalterlichen deutschen Volkes*,

cio storiografico dei rapporti tra medioevistica e storia del diritto⁽⁹³⁾. Nella sua relazione moscovita il Sestan ricostruì le vicende attraverso le quali erano sorte e si erano a più riprese e in vario modo riproposte le esigenze di una storiografia che, oltre e contro la tradizionale storia dei fatti (essenzialmente politici diplomatici e militari), considerasse gli aspetti superindividuali, stabili e duraturi, ossia i 'tipi ideali', gli elementi di 'lunga durata', le strutture; e giunse alla conclusione che tutti e due i modi di far storia esprimono esigenze ugualmente legittime e devono contemperarsi l'uno con l'altro.

Staates und Reichs, 2 Bd., Stuttgart, 1951-1952, in *Rivista Storica Italiana*, LXII (1953), pp. 267-272.

Inoltre il Sestan scrisse l'*Introduzione* al libro di Otto BRUNNER, su *Vita nobiliare e cultura europea*, cit., alla nota 82.

⁽⁹³⁾ *Medievalistica e diritto*, in AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 225-245.

Inoltre il Sestan presentò al XIV Congresso Internazionale di Scienze Storiche (San Francisco, 1975) una relazione sul tema *L'historiographie comme science historique*, pubblicato come opuscolo a parte dagli organizzatori del Congresso.

DIMENSIONE GIURIDICA E INDIVIDUALITA' NELLA STORIA

Credo che sia venuto ora il momento di parlare, più specificamente ma con brevità essenziale, del secondo corno del dilemma propostomi, della 'dimensione giuridica', vale a dire, di ciò che ha di peculiare la presenza del diritto nella storia.

Ma la dimensione giuridica è una specializzazione di una dimensione normativa di carattere più generale, che si può distinguere in giuridica sociale morale religiosa ecc. Si ha questa più ampia dimensione normativa quando un individuo si trova di fronte a un comando o divieto che egli deve scegliere di accettare o rifiutare, di fronte a una regola di comportamento a cui deve scegliere di uniformarsi o meno: sotto la minaccia di una certa sanzione in caso di rifiuto o inadempienza.

L'individuo è libero di fare l'una o l'altra scelta, ma la sua libertà è condizionata dall'imminenza della sanzione; cioè egli è libero di scegliere tra il trasgredire il comando o il divieto e di subirne la sanzione da una parte, e l'accettare l'imposizione e l'uniformarsi alla regola, dall'altra.

Tale libertà è tanto più condizionata quanto più è generalizzata e stabile nel tempo (com'è specialmente la norma giuridica) e quanto più la sanzione è ritenuta o sentita come grave, come violenza coercitiva; ma rimarrà pur sempre la libertà di scelta fino al limite di scegliere nell'alternativa la pena di morte o altre sanzioni che possono essere ritenute ancora più gravi di questa (sanzioni morali o riguardanti l'aldilà). « Coacti tamen volunt! », affermava Benedetto Croce.

Il comando/divieto di fare qualche cosa, la regola di comportamento, possono essere imposti anche dall'individuo stesso a sé. In tal caso si è ancora fuori dalla vita sociale, salvo che si tratti di una imposizione che l'individuo fa a se stesso in riferi-

mento agli altri, e comunque si resta sempre in campo morale, e fuori dal diritto.

Ma in generale il comando/divieto proviene all'individuo dall'altro da sé, da un altro individuo, o da un gruppo, che però — a sua volta — può essere composto anche dal soggetto stesso insieme con un'altra o più persone.

In quest'ultimo caso si può trattare di una norma che 'fonda' il gruppo stesso, ne costituisce il rapporto interno strutturante e — come dice il Paradisi — ne è al tempo stesso l'essere e il dover essere. Tale strutturazione secondo una 'norma' interna costitutiva non è originata necessariamente da una chiara volontà né sempre si riflette nella coscienza, e pertanto non ha necessariamente carattere giuridico-istituzionale o politico, ma può anche essere semplicemente sociale. Anche quando la norma costitutiva di una struttura è concordata o contrattata, non sempre se ne conserva il ricordo e se ne ha la coscienza riflessa.

Comunque, ogni nucleo, ogni struttura non solo politica ma anche sociale religiosa o morale, per quanto minima sia, contiene in sé un elemento — in senso largo — coercitivo, specialmente quando essa assume forma giuridica.

Chi impone la 'norma' può essere — come abbiamo visto — il soggetto stesso o un gruppo di cui il soggetto sia elemento costitutivo; oppure è una persona, un gruppo o comunque un ente estraneo. Nel primo caso è un'autorità interna, a cui l'individuo o il gruppo particolare riconosce la facoltà di emanare il comando, anche se non è detto che vi si attenga; nell'altro è un'autorità esterna, la cui facoltà stessa di comando può essere o non essere riconosciuta.

Autorità va — comunque — intesa in senso largo: a imporre un comando, un divieto, una regola di comportamento può anche essere l'opinione pubblica, l'«*esprit publique*» di cui parlava il Pirene, lo 'Spirito pubblico' di cui parlava il Volpe, o comunque l'opinione di un determinato ambiente, più o meno ristretto. Infatti in certe condizioni storiche (ad esempio, nei Comuni italiani del Duecento) era semplicemente la considerazione pubblica che faceva il nobile e che imponeva i comportamenti e riconosceva i diritti relativi allo stato nobiliare.

Altrettanta varietà vale per la sanzione, che non è prerogativa esclusiva del potere pubblico, e quindi non è necessariamente dettata da norma giuridica. Può anche essere l'individuo a comminare una sanzione a se stesso, sotto forma di rimorso, di disagio psicologico; o può essere l'opinione pubblica a togliere o diminuire la considerazione sociale. Per gli individui che fanno parte di una struttura sociale l'inosservanza della norma costitutiva di essa può avere come sanzione la distruzione o il deterioramento della struttura o l'estraneazione dell'individuo da essa.

In tutta una serie di casi la sanzione ha valore ed effetto soltanto se il soggetto riconosce l'autorità e la facoltà coercitiva di chi emette quei dati comandi/divieti e commina quelle determinate sanzioni, e se esso ammette la realtà della sanzione stessa e attribuisce a questa effettivo valore di pena: si tratta, in tali casi, di norme e di sanzioni religiose o morali o sociali che soltanto a quelle condizioni possono avere conseguenze (moralì e materiali). Infatti la sanzione è priva di effettivo valore quando — ad esempio — la condanna consiste in pene da scontare in un'altra vita in cui il condannato non creda, o consiste nel discredito presso persone, gruppi e ambienti sociali, folle, a cui egli non attribuisca importanza. A maggior ragione si pensi alle norme e alle sanzioni stabilite da un'autorità religiosa che il soggetto consideri illegittima e invalida o addirittura nemica a quella che riconosce per legittima.

Tali norme e sanzioni, per il loro particolare aspetto ora illustrato, non possono essere considerate come manifestazioni del potere politico, con il quale il potere ecclesiastico o il potere sociale della pubblica opinione non deve essere confuso. (Naturalmente altra cosa è quando l'autorità religiosa o un'autorità morale o l'opinione pubblica emanano condanne temporali e materiali, o anche condanne spirituali e morali che tuttavia comportino come conseguenza secondaria anche danni in campo temporale).

D'altra parte le stesse norme e sanzioni di carattere esclusivamente spirituale e morale possono essere codificate e amministrare in sede giurisdizionale; ma ciò non cambia il loro carattere originario.

Sanzioni materiali, o che comunque siano di rilevanza obiettiva, condizionano invece sempre (anche se non sopprimono) la

libertà di scelta da parte del soggetto indipendentemente dal suo riconoscimento dell'autorità: condizionamento di grado soggettivamente diverso.

L'imposizione e l'esecuzione della pena possono essere automatiche quando l'autorità da cui deriva il comando/divieto sia riconosciuta legittima dall'interessato e la condanna sia puramente spirituale o morale. Altrimenti, è necessario un giudizio che dichiari non conformi alle norme i comportamenti del convenuto e ne determini la pena e ordini la sua esecuzione.

Il giudizio, cioè l'accertamento della trasgressione e l'imposizione della relativa condanna, può essere fatto dall'autorità stessa che ha emanato la norma o da persone od organi che da essa traggono facoltà e forza.

Condizionamenti, sia pure — a volte — minori, della libertà degli individui e dei gruppi sociali derivano anche dai 'premi' che, per certe azioni od omissioni nei riguardi di una norma provengono dalle stesse fonti dalle quali possono essere emanati comandi/divieti e comminate sanzioni: premi che, quando siano collegati con l'osservanza della norma costitutiva della struttura a cui i singoli appartengono in modo per loro determinante, può consistere nella conservazione della struttura stessa.

Si propone pertanto agli storici il problema del metodo con cui possano essere considerate queste realtà in cui c'è non soltanto l'individuo, ma una struttura che lo colloca nei suoi rapporti sociali morali spirituali e intellettuali con gli altri ma che, allo stesso tempo, specialmente quando diventa norma giuridica, lo trascende. Questa infatti ha, per sua natura, carattere generalizzante e astratto.

I condizionamenti che in tali realtà vengono posti non negano, anzi — a volte — garantiscono la sua libertà, ma indubbiamente la limitano in determinati sensi, che appunto è compito dello storico scoprire. Bisogna pure considerare che in certi casi i limiti della libertà di persone e di gruppi particolari sono anche condizioni necessarie e garanzia per la loro sussistenza e possono essere d'altra parte garanzia per la libertà degli altri.

La storia è storia di libertà, ma non è storia di una libertà incondizionata; e questo problema si pone non soltanto nel campo

del diritto, in riferimento a una autorità che riesce a imporsi, sia o non sia riconosciuta, e a un diritto, codificato o meno, ma si pone pure — in maniera molto simile anche se differente — qualora si tratti di un'autorità sociale e di sanzioni e di condizionamenti a carattere sociale, o di un'autorità religiosa o semplicemente morale o intellettuale e di sanzioni spirituali. In questo senso io ho proposto di allargare il significato di 'dimensione giuridica' molto al di là del concetto di diritto, estendendo la considerazione anche ad aspetti normativi di carattere sociale e morale e religioso e culturale, ben distinti dal diritto. E se ho cancellato nel titolo di questa relazione la connotazione 'sociale' accanto alla parola storia, l'ho fatto perché ritengo che una così intesa 'dimensione normativa' si riscontri in ogni tipo di storia: anche — ad esempio — nella storia economica e, d'altra parte, in una storia religiosa che non consideri l'autorità religiosa solo come detentrica di potere politico. Il problema essenziale, infatti, è di riuscire a considerare in sede di interpretazione storica questo rapporto tra autodeterminazione e condizionamenti esterni, tra libertà e autorità.

Noi dobbiamo accentuare la considerazione di quell'idea o di quel 'criterio' — come preferisco dire — che, come essere e come dover essere, è elemento interno costitutivo della stessa struttura, perché solo così potremo arrivare a una considerazione storica che vada anche oltre le singole situazioni particolari: infatti quei 'criteri' hanno le proprie realizzazioni particolari nelle singole strutture a cui danno vita e possono essere obiettivamente inquadrati in un sistema istituzionale, ma a volte sono anche presenti come idee, originarie o derivate, nella coscienza riflessa di certi individui e allora costituiscono parte integrante della cultura generale di un'epoca storica, possono essere valori persino universali e, così, qualificare determinate tipologie strutturali.

Un solo esempio. Ho studiato il cambiamento di strutture organizzative della cura d'anime operato da Gelasio I alla fine del V secolo. Il papa sosteneva che non dovessero essere più seguite, nel determinare l'area di competenza delle singole diocesi, le strutture territoriali civili romane, ma che era giusto definire l'ambito di ciascuna diocesi con un criterio nuovo, quello di tener conto dei fedeli che per il battesimo e per la cresima ricor-

revano all'uno o all'altro vescovo costituendo con lui la Chiesa locale. Alla base di questo nuovo tipo di struttura e della norma che la istituiva, come 'criterio' interno della struttura stessa, era dunque un'idea centrale nuova, che contrapponeva alla tradizione della cultura giuridico-amministrativa romana, fondata sul criterio della territorialità, una concezione di ispirazione religiosa per cui è il popolo dei fedeli, unito al proprio vescovo, a costituire quella realtà che è la Chiesa particolare⁽⁹⁴⁾. Fu questo, un principio (ecclesiologico) determinante di tutta la casistica, numerosa e varia, dell'organizzazione delle strutture ecclesiastiche di cura d'anime di un certo periodo: un principio unificante perché deriva da una ben determinata cultura e spiritualità.

⁽⁹⁴⁾ C. VIOLANTE, *Strutture organizzative della cura d'anime nelle campagne dell'Italia centrosettentrionale (secoli V-X)*, in AA.VV., *Cristianizzazione e organizzazione ecclesiastica delle campagne nell'alto medioevo: espansione e resistenza*, XXVIII Settimana di studi sull'alto Medio Evo, Spoleto, 10-16 aprile 1980, Spoleto, 1982, pp. 972-980; IDEM, *L'organizzazione dello spazio nelle strutture ecclesiastiche di cura d'anime nell'Italia settentrionale e centrale durante i secoli V-XIV*, di imminente pubblicazione.

CONCLUSIONE

Per tradurre in termini pratici quanto ho osservato dianzi, vorrei cercare di vedere quale sia o possa essere il contributo — rispettivamente — degli storici giuristi e degli storici ' senza aggettivi ' alla storia, contributo che — come io credo — è costituito appunto dalla dialettica di individuale e normativo. Considero le cose, naturalmente, dal punto di vista della storia generale, che mi è consueto.

Innanzitutto credo che non si debbano alimentare complessi di inferiorità negli storici del diritto tradizionali, accusandoli di sistematicità, di formalismo, di astrattezza.

Dalla mia esperienza, che è cominciata — per contingenze particolarissime — con la tesi di laurea in storia medioevale, diretta tuttavia da uno storico del diritto all'antica e preparata nella sua biblioteca personale, vecchiotta e abbastanza specialistica, ho acquisito familiarità con gli storici giuristi; e devo riconoscere che questi risultano molto utili e che a volte — non sembri un paradosso! — più sono formalisti, più sono stimolanti per uno storico ' puro ', se non altro, per le reazioni che provocano in lui. Ad esempio, gli storici del diritto tradizionali sono (o — piuttosto — erano) portati a sostenere la continuità di una funzione soltanto se e fino a quando continui a sussistere una forma giuridica o un istituto giuridico che per un certo tempo sono stati connessi con l'esercizio di quella funzione stessa; mentre noi storici generici scopriamo invece volentieri che una funzione può continuare soltanto se essa cambia in coerenza con lo sviluppo storico generale assumendo non solo strutture sempre nuove ma anche forme giuridiche via via diverse.

Mi riferisco — in particolare — al grande tema storiografico della ' continuità ' o della ' cesura ' nel passaggio dall'antichità al

medioevo, a proposito del quale — però — fu proprio lo storico giurista Calasso a debellare il formalismo positivistico dei suoi colleghi⁽⁹⁵⁾; e penso specialmente al problema della continuità di attività mercantili nell'alto medioevo, negata da un grande storico generale come Henri Pirenne, le quali invece — a mio avviso — poterono continuare in strutture e forme nuove, consentanee alle nuove istituzioni signorili; e alludo appena, infine, alla continuità delle corporazioni nell'alto medioevo, rovello di tanti storici del diritto, che si accanirono a cercare o a negare il permanere di determinate forme giuridiche.

Passando poi da grandi temi storici di 'taglio verticale' ad altri di 'taglio orizzontale', ricorderò l'impegno straordinario che tanti storici del diritto di tutte le nazioni hanno posto nello studio dell'origine delle città medioevali e dei Comuni (specialmente degli italiani). Il germe è stato da loro ricercato in un singolo elemento comune, individuato in questa o quella istituzione giuridica: come tutti sanno, nei diritti di mercato, nelle gilde, nelle proprietà comuni della 'marca' germanica, per le città tedesche, e negli 'scabini', negli ufficiali vescovili, nelle curie cittadine, per i Comuni italiani. Il Pirenne individuò quelle origini, invece, nella rinascita del commercio, poiché egli riteneva che solo un grande fenomeno economico possa avere conseguenze generali, mentre le istituzioni, essendo legate in un complesso intreccio di realtà locali, hanno — ancora a suo avviso — carattere particolare e pertanto non possono essere assunte a 'fattori' di valore generale. Per i Comuni italiani le indagini particolari rivelarono sempre nuove diversità di situazioni locali e denunziarono qua e là l'assenza di istituzioni già dichiarate come elemento generatore dell'intero fenomeno comunale per essere state considerate presenti in ciascuno dei casi.

Ma tutto quel gran scavare e ipotizzare e discutere di giuristi quanto ha giovato alle scienze storiche, quante realtà forme e strutture particolari ha rivelate, quante spiegazioni generali di carattere formale ha saggiate contribuendo — anche contro le intenzioni — a sbarazzare il campo da convinzioni tenaci!

(95) *Pensieri sulla continuità ...*, citato alla nota 18.

Oltre a questi contributi di erudizione e di esperienze negative, vediamo ora i contributi positivi degli storici giuristi alla storia generale.

Oserei dire a questo proposito — forse un po' provocatoriamente — che gli storici del diritto, come per altro verso quelli dell'economia, sono utili agli storici cosiddetti 'puri' anche e soprattutto per la loro diversità. E sarà bene discutere appunto di questa diversità e cercar di vedere dove si collochi e in che cosa consista, o dove sarebbe meglio che si collocasse e in che cosa sarebbe più utile che consistesse.

A mio giudizio, proprio lo studio storico di carattere giuridico-formale può infatti dare autonomamente un suo peculiare e non secondario contributo alla grande storiografia: per varii motivi.

Anzitutto per quella che è stata chiamata 'storia del negativo', e che in una storia concepita dialetticamente ha anch'essa una parte essenziale. Quelle formalizzazioni giuridiche che rimangono — nella 'lunga durata' — inerti essendo divenute i residui di situazioni e di attività ormai concluse costituiscono tuttavia, nei tempi nuovi, ostacoli obiettivi che sia pure occasionalmente condizionano o semplicemente ostacolano e frenano le forze operanti per lo sviluppo storico.

C'è di più. Gli storici del diritto, concentrando la propria attenzione sulle forme giuridiche e sullo strutturarsi progressivo dei loro rapporti in sistemi che col tempo si fanno sempre più complessi e coerenti, rivelano ai non specialisti quella maggiore o minore perfezione e coerenza formale che consente a una struttura giuridica di conservare alla realtà viva per cui era stata concepita qualche forza operativa anche dopo che la sua funzione originaria sia stata superata dallo sviluppo storico: si comprende meglio, così, l'opposizione o almeno la resistenza di più o meno efficaci forze conservatrici alle forze progressive.

Infine, 'last but not least', è da fare una considerazione più in positivo. Gli storici del diritto, isolando e seguendo a lungo nella storia il filone delle costruzioni giuridico-formali fino alla loro migliore espressione e alla loro maggiore espansione, ci pongono in grado di trarre, da questa stessa esasperata astrazione, la capacità di valutare sino in fondo quali risorse e potenzialità

abbia avuto al suo bel tempo una forma giuridica nell'adeguarsi alle esigenze funzionali di una realtà concreta. Nella perfezione formale e nella larga espansione di un sistema giuridico, che, esse stesse, sono un risultato non casuale, sta molte volte il segreto della profondità e della durata dell'incidenza di grandi forze storiche, materiali intellettuali e spirituali.

Cogliere queste realtà normative, superindividuali e stabili, nelle loro forme giuridiche, è speciale compito della storia del diritto, la quale, in quanto storia particolare, ha un punto di vista proprio e segue il filone del diritto lungo tutto il susseguirsi delle epoche storiche, anche in quei momenti in cui il diritto non ha creatività e non è l'aspetto principale e caratterizzante. Appunto il mantenere l'attenzione sul diritto anche nelle sue fasi di ristagno e di rigidità formale consente allo storico del diritto, come — nei loro rispettivi campi — agli studiosi delle altre storie particolari, di rilevare gli aspetti permanenti e superindividuali.

A tale compito è meno adatta la storia generale, in quanto essa segue sempre quello che lo storico giudica essere il filone principale e caratterizzante del movimento della storia e pertanto pone al centro della sua attenzione — secondo le epoche — l'uno o l'altro aspetto della vita umana, quello che di volta in volta è più creativo e predominante. Spostando di momento in momento il suo obiettivo, lo storico generale non è nelle condizioni migliori per seguire nei diversi settori le realtà permanenti, e, avendo di mira le forze trainanti della storia, smarrisce le tracce delle realtà rigide e opache che condizionano con le loro inerzie e resistenze il cammino della storia.

Cari colleghi,

Ciò che ho detto ora delle due nostre discipline non significa che la storia del diritto trascuri gli altri aspetti della vita e ignori le individualità e il movimento, né, tantomeno, che la storia generale disdegni le norme sistematiche e le strutture e tralasci le forme astratte e le permanenze.

Ma è bene che, per la loro diversa vocazione, storia generale e storia del diritto rimangano se stesse, senza arroganze e senza complessi di inferiorità, e come tali collaborino l'una con l'altra.

MARIO SBRICCOLI

STORIA DEL DIRITTO E STORIA DELLA SOCIETÀ QUESTIONI DI METODO E PROBLEMI DI RICERCA

Devo dire subito, a dispetto di quanto sembra promettere il titolo un pò scolastico che ho dato a queste mie riflessioni, che non mi sono congeniali, e neanche tanto familiari, i discorsi di metodo. Devo anzi ricordare a me stesso di non averci mai creduto molto, e aggiungere che attraversiamo tempi che dovrebbero indurci a crederci pochissimo: avventurarsi in un nuovo tentativo di additare metodi, significa probabilmente correre il rischio di arrivare in ritardo in un luogo dal quale ormai tutti sono andati via da un pezzo.

Affronterò dunque alcune delle questioni di metodo poste da altri, ma non sarò io a dire cosa bisognerebbe fare. Tutto il mio discorso servirà soltanto a perorare una mia convinzione, che forse non ha neanche bisogno di essere particolarmente sostenuta, se solo si considera la sua sostanziale ovvietà. È la convinzione che sarebbe bene realizzare una maggiore connessione tra la storia giuridica e la storia della società, celebrando tra di esse una sorta di matrimonio di interesse, per reciproca comodità. Si istituirebbe con ciò una vicendevole strumentalità tra quei due livelli, in un rapporto di sfruttamento reciproco perfettamente equilibrato, nel quale ognuno di essi dipenderebbe in parte dal servizio dell'altro: eccellente situazione — oltre al resto, se non sbaglio — per una solidarietà du-revole, che mi pare possibile e che giudico necessaria.

Paolo Grossi ha giustamente lamentato l'assenza del diritto dall'elenco delle scienze sociali accreditate e riconosciute dalla 'nouvelle histoire', sottolineando l'incomprensibile paradosso che vede quella corrente storiografica mettere a frutto praticamente tutte le scienze dell'uomo, tranne una sola — il diritto — che non è certo l'ultima o la meno importante di esse. Condividendo interamente il

suo rammarico, insisterò altrettanto sulla lamentela opposta, dal momento che tanta parte della storiografia giuridica non ha dimenticato una sola delle scienze sociali, ma ha creduto di poter fare a meno di tutte. Tra gli storici giuridici si può constatare spesso una certa freddezza nei confronti dell'idea di fare i conti con la storia sociale (o, preferisco, con la storia della società), e qualche rigidità verso il compito di fare (anche) storia della società mentre si fa storia giuridica, se è vero che il diritto è — come è — scienza sociale e fenomeno storicamente appartenente al sociale. Freddezza e rigidità sono attributi cadaverici, e non mi piace il punto di incontro che mi trovo a realizzare con la metafora descrittiva che ho sentito usare anche da Jacques Le Goff. Anche lui ha parlato di un « cadavere, qui bouge encore », riferendosi alla storiografia giuridica (francese), ma, come lui, io non ho pessimismi: dico solo che ci sono problemi da risolvere, e che non si tratta di problemi piccoli.

Il primo ed il più grosso di quei problemi è quello della generalizzata incomprendione reciproca, o della reciproca tendenza alla sordità, tra storici sociali e storici giuristi: è un problema che riguarda entrambe le categorie, anche se produce guasti più grandi per la seconda. Il secondo problema, o (meglio) ordine di problemi, è quello che si presenta in particolare agli storici del giuridico, in conseguenza di una loro progressiva marginalizzazione, effetto a sua volta, in parte, del loro 'imperialismo' isolazionista. Il terzo ordine di problemi è invece tipico degli storici della società e sta negli inconvenienti che nascono dalla loro incapacità di utilizzare la dimensione giuridica o dalla loro pretesa di ignorarla. È intorno a questi elementi che si muoverà la prima parte del mio discorso. La seconda tenterà di fare luce su qualche possibile via di uscita.

1. *Gli storici e la complessità non navigabile.*

Il diritto, inteso come scienza, ma anche in quanto 'presenza' culturale o ideologica, mette gli storici in seria difficoltà. Esso ha un complesso linguaggio proprio, conseguenza di una logica sua, speciale, astratta e rigorosa, per la quale le approssimazioni sono errori; ha una quantità indefinita di aspetti diversi, di istituti, di meccanismi, di principi generali e particolari, di regole per così dire idiomatiche, note solo a chi le pratica assiduamente. Nessuna me-

raviglia dunque che gli storici ne siano ignoranti, come ci ha detto Le Goff, o che sentendosi respinti da una simile complessità per essi non navigabile, tendano a saltare la dimensione giuridica delle cose, a trascurarla, magari a negarla, oppure — conclusione peggiore — a dire che in fondo essa non ha molta importanza.

Certo, il diritto mette in difficoltà, e non solo per quello che è, come scienza o come strumento, ma anche per ciò che produce, o per le funzioni che svolge. È manifestazione di razionalità di alto rango, capace di analizzare, classificare, ordinare, attraverso processi di selezione e gerarchizzazione che ne fanno insieme il mezzo ed il linguaggio del dominio: in questa sua dimensione è certo meno accessibile della statistica o della demografia storica, ed aggiunge a tutto ciò la difficile attingibilità che viene ad una scienza dal fatto di avere molta importante storia: ed il diritto ha infinitamente più risalenza, tradizione e storia di quanta possano averne l'antropologia o l'economia, la sociologia o le osservazioni sul clima.

È probabilmente questa presenza qualificata, ed a suo modo ingombrante, che ha procurato al diritto l'accusa meritata, ma irrilevante, di 'imperialismo', pretesto polemico per elusioni dovute in realtà a tutt'altro. Elusioni, o aggiramenti, ha scritto di recente Robert Roth⁽¹⁾, che si sono valse di diverse strategie: in primo luogo l'apporto epistemologico della ricerca sul diritto e lo sviluppo, da parte dei giuristi stessi, di quello che essi hanno chiamato lo « sguardo esterno » sul diritto, hanno giovato notevolmente agli storici non giuristi ed alla loro familiarizzazione con alcune categorie: basti pensare alle c.d. dimensioni istituzionali, alle politiche del diritto, alla percezione del normativo, al social control e così via. In secondo luogo alcuni storici più attenti di altri sono riusciti a metter in opera categorie, o implicazioni, giuridiche, senza pagare lo scotto di un attraversamento tecnico dello spessore denso del diritto, ma anche senza continuare ad ignorare l'esistenza ormai innegabile della dimensione giuridica: l'operazione è stata possibile po-

(¹) R. ROTH, *Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle et à la prévision de son évolution, compte tenu des changements du contexte social et économique*. Rapport au VI^e Colloque de Criminologie du Conseil de l'Europe, (PC. CC. 83.12), Paper, Strasbourg, 1983, p. 7.

nendo ad oggetto dell'indagine non il diritto, ma la sua immagine proiettata: il diritto come ideologia ⁽²⁾. Queste, ed altre minori vie di accesso, hanno consentito di mantenere in vita una possibilità di contatto tra gli storici e gli aspetti giuridici dei diversi oggetti del loro studio, ma ciò che esse hanno prodotto non può essere considerato soddisfacente.

Se è vero che il diritto ha un atteggiamento 'imperialista' e che tende a essere dappertutto o ad impossessarsi di tutto, bisognerà pur ammettere che di una cosa che è ovunque non si può fare a meno di occuparsi; poi, per occuparsene correttamente, occorrerà capire il suo linguaggio, rendersi conto delle sue regole, non sottovalutare il suo peso. Bisognerà ricordare che il momento giuridico ha un collegamento forte con la coscienza della società, oltre che con il suo funzionamento; che esso, come complesso di regole, procedimenti, sistemi di giustizia, produzione di intellettuali specialisti, invade interamente ogni sfera del sociale, ogni possibile ambito indagabile, e non può essere amputato dalla ricerca storica sulle società, pena la sua sostanziale invalidazione. Il punto è, cioè, sapere se la 'dimensione giuridica' della società esiste o no: se esiste, bisogna occuparsene.

Naturalmente, non si tratta soltanto di 'tenere conto' della esperienza giuridica: di tutto, si tiene conto. L'importante è indagare adeguatamente sulle conseguenze dell'esistenza del momento giuridico in ogni questione. Da questa esistenza deriva infatti l'influenza della dimensione giuridica. E non è questione di fare riferimento a quanto viene prodotto dagli storici del diritto: spesso non esistono studi storico-giuridici su determinati oggetti e quelli che esistono possono talvolta dimostrarsi sterili, non tanto in sé — anche se questo può succedere — ma in quanto inutilizzabili, perché non adeguatamente misurati sulle società e sulla storia.

Il punto è allora 'valersi del diritto', e cioè mettere in opera le categorie, la terminologia, l'ordine mentale del ragionamento, l'abito interpretativo del giurista, e poi le fonti (bella nozione da positivismo ottocentesco che non va buttata ancora): e tra le fonti, l'opera dei giuristi (il diritto, per la fase medievale e degli antichi

(2) R. ROTH, *Evaluation*, cit., che fa riferimento a E.P. THOMPSON, *Whigs and Hunters: the originis of the Black Act*, London, 1975, p. 260 ss.

regimi è tutto lì, o quasi tutto lì), quel po' di legislazione, quel tanto di 'diritto incartato' che sta negli archivi, ed infine l'immenso continente delle *pratiche sociali*, affare di giuristi o di intellettuali dalla cultura essenzialmente giuridica, esplorabile percorrendo l'onnipresenza delle relazioni di potere — che non è l'onnipotenza del potere, a cui non credo —. Le quali pratiche, per loro natura intrise di ordine ed innervate di norme, sono talmente importanti per lo studio di qualsiasi società da rendere plausibile il parere di chi vuole che esse *siano*, tout court, nel loro complesso, la società che le esprime⁽³⁾.

2. *La storia giuridica e la sociologia storica.*

È ormai generale il riconoscimento che il diritto, come sistemazione dei rapporti sociali a un dato livello, è incomprendibile senza un'analisi degli orientamenti sessuali, delle credenze etico-religiose, della produzione economica e delle forze militari che caratterizzano una data società ad un dato momento e si esprimono in aggruppamenti di individui e in conflitti. L'osservazione che precede è di Arnaldo Momigliano, ha più di venti anni, appartiene ormai al dominio dell'ovvio, ma giova — o forse è anche un pò necessario — ripeterla, perché su di essa si rifletta, tra gli storici del diritto. Non si capisce perché Momigliano, che la pronunciò durante un Congresso di storici giuristi⁽⁴⁾, traesse da essa la conseguenza necessaria della morte della storia giuridica: indicare correttamente un quadro di riferimento per la comprensione di un fenomeno non comporta necessariamente la soppressione della scienza che lo studia. Ma a me basta per ora stare a quell'ordine di idee, osservando semmai che l'elenco di Momigliano è fin troppo breve, perché ben altro bisogna pure analizzare per comprendere il diritto.

Analizzare, peraltro, non vuol dire limitarsi a tenere conto. Il mio discorso, per necessità, deve tornare su questo punto anche per

⁽³⁾ P. VEYNE, *Foucault e la storia*, in *Aut Aut*, n.s., 181, 1981, p. 81.

⁽⁴⁾ A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, Firenze, 1966, p. 23.

quanto riguarda gli storici del diritto. Tener conto di questo o quell'elemento è cosa che gli storici del diritto fanno già, anche se non sempre e non tutti, mentre in realtà servono ricerca ed indagine, direttamente applicate ad ogni questione che si riveli essenziale per la comprensione dei diversi aspetti di un'esperienza giuridica. E varrà la pena ricordare, con Stefano Rodotà⁽⁵⁾, che non vale in questo ordine di cose fare un pò di 'cannibalismo rituale', che consiste, come fanno gli antropologi, nel pretendere di diventare demografi, economisti, geografi, sociologi o giuristi, limitandosi ad ingerire nei propri lavori qualche pezzo dei loro studi.

Tutto ciò comporta un atteggiamento rinnovato nei confronti della sociologia, o di quella che con qualche fatica possiamo indicare — ma il discorso su di essa è apertissimo — come 'sociologia storica'. Io da parte mia sono abbastanza d'accordo con quanti sostengono che gran parte di ciò che possiamo chiamare sociologia nel mondo antico — ma anche in quello medioevale — altro non è, alla fine, che costume o diritto; così come credo che anche per gli antichi regimi il rapporto tra storia e diritto sia omologo a quello tra storia e sociologia, e questo rende quasi naturale l'occupazione di un settore della storia della società da parte della storia delle pratiche giuridiche o delle pratiche tout court.

È un'impostazione, questa, che conosce una paradossale fortuna: pacificamente ammessa come strategia di ricerca è poi assai scarsamente praticata in concreto; ha l'aria di essere un'esigenza entrata di recente nell'orizzonte dei giuristi storici, mentre può essere fatta risalire almeno a Hauriou, nella sua versione distesa e consapevole e, prima di lui, alle premesse presenti nell'opera di Durkheim. Prima che ce lo ricordassero gli storici sociali, infatti, Maurice Hauriou, un giurista, aveva già affermato che « per comprendere bene l'importanza e il ruolo di un istituto giuridico è indispensabile vedere in che modo funziona, cioè il suo posto nel commercio giuridico, quando e in quali condizioni gli uomini se ne servono, il modo in cui lo usano, le modalità che vi introducono, le conseguen-

(5) S. RODOTÀ, *Relazione*, in « *La cultura* » delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983, (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13), Milano, 1984, p. 91.

ze che esso produce » (6). « In un processo — può dire a ragione Henry Capitant (7) — l'esame dei fatti è altrettanto proficuo dello studio della soluzione adottata dal giudice ».

Ma non è il caso di insistere troppo sulla necessità di aprire porte che appaiono già da tempo sfondate: proporre cose ovvie come primarie necessità può avere senso solo in spirito di rimprovero, rivolto a chi continuasse ad ignorarle: e non è questo che oggi occorre fare. Ciò che si impone sempre più, oggi, è semmai una considerazione del quadro generale della ricerca storica, dal quale emerge assai chiaramente, almeno per chi sa leggerlo con sufficiente perspicacia, una 'domanda' di approccio giuridico — o di riflessione sul giuridico — che, non soddisfatta, sta già dando vita a qualche non trascurabile novità, forse benvenuta per alcuni, certo allarmante per altri.

L'estrema maturità di un raccordo nuovo tra la storia del diritto e quella della società, infatti, non deriva più soltanto dalla logica stessa della ricerca sul diritto o dalla necessità di studiare 'diritto e società', cioè da una nuova coscienza del diritto come scienza sociale; ciò che deve convincerci a confrontare con le altre scienze sociali la nostra tradizione di rigore giuridico, il nostro peculiare metodo culturale ed il nostro modo di guardare le cose, è una realistica riflessione strategica sull'autonomia della storia giuridica e sul suo peso nel contesto generale della ricerca storica.

Occorre riconoscere elementi di verità in una osservazione recente di Giovanni Tabacco, il quale richiamava la nostra attenzione sul fatto che sembra essere in atto una autentica sostituzione degli storici del diritto, « non già sotto forma di attività di supplenza di fronte a singole carenze degli odierni studi giuridici », ma come attività di autentica surroga, dettata dalla necessità di arrivare a soddisfacenti risultati di ricerca, per i quali non è più sufficiente « quel

(6) M. HAURIU, *Police juridique et fond du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 11, 1926, p. 279.

(7) H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris³, 1950, p. VIII. Traggo questi riferimenti ed un aspetto dell'ordine del ragionamento, da J.-P. CHARNAY, *Su un metodo della sociologia giuridica: l'utilizzazione della giurisprudenza*, in *Problemi di metodo storico*, a cura di F. Braudel, Bari, 1973, p. 392.

geloso sacerdozio del diritto, che a taluni sembra fermo nelle definizioni acquisite da una determinata tradizione culturale » (8).

Il fenomeno esiste, ed ha già preso largo piede. In più, non si tratta, oggi, di ingressi occasionali, legati ad una vicenda particolare della ricerca, o ad una fase di formazione di questo o quello studioso. Non abbiamo a che fare con gli studi sui *colliberti* di Marc Bloch, con le ricerche di Ferdinand Lot o con quelle di Boutrouche sulle forme allodiali nel possesso e nella trasmissione dei diritti: provvide incursioni di uomini che avevano di fronte una solida presenza della storia giuridica, ben rapportata a quei loro tempi, e non si sognavano di sostituirla in nulla. Oggi vediamo gli storici sociali, e con loro altre figure di storici non facilmente etichettabili, impegnati in studi numerosissimi e sistematici sulla famiglia, gli archivi notarili, i contratti, le doti, le donazioni, i testamenti; studi sulla proprietà e sui regimi giuridici dell'agricoltura, sui ceti e sulle istituzioni di governo, sulle università (terreno tradizionale di ricerca degli storici giuristi) e sulla prosopografia di giuristi e giudici, sui crimini e sui tribunali, sul carcere e sulle altre istituzioni reclusive, sulla polizia, la burocrazia o l'esercito. Quello che una volta, nella rigida separazione degli ambiti disciplinari, poteva sembrare pascolo abusivo, si sta trasformando oggi, caduti ormai gli anacronistici steccati, in una allegra occupazione delle terre.

Qualche volta la componente giuridica fa da occasione, o da 'exemplum', per un obiettivo diverso: si possono studiare i testamenti per ricostruire l'atteggiamento di una società davanti alla morte, o le doti per indagare sulle strategie matrimoniali, sui patrimoni familiari, sulle dinamiche sociali dei ceti possidenti; si può partire da un processo per ricostruire un paese, raccontare una rivolta o ragionare sulle idee di un mugnaio.

Qualche volta l'oggetto della ricerca è squisitamente giuridico, ma lo storico sociale lo affronta 'dalla parte del senso', andando direttamente a ciò che l'istituto contiene, per occuparsi non della regola ma di ciò che è regolato. È certamente in questo senso che

(8) *Storia delle istituzioni come storia del potere istituzionalizzato*, pubblicato nel 1976 con il titolo *Lo studio delle istituzioni medievali in Italia* (1975), ora in *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, a cura di G. Rossetti, Bologna, 1977, p. 38.

Georges Duby, affrontando il tema del matrimonio medievale, può affermare prima che « lo storico del matrimonio nell'occidente medievale si trova davanti ad un vasto *terreno incolto* che si è iniziato a dissodare solo in qualche punto », annunciare poi che non essendo un giurista, né un teologo, affronterà la questione « dal punto di vista della storia sociale, e più precisamente osservando *le pratiche di matrimonio* » e concludere infine che il suo scopo è quello di « aprire una breccia nella incrostazione di norme che ha sin qui assorbito l'attenzione di quasi tutti gli studiosi del campo, per arrivare più vicino possibile alla *realtà della vita* » (9). A me piace aggiungere che questo metodo, che non ignora la componente giuridica (né quella teologica, né quella rituale), e che affronta le questioni dal punto di vista delle pratiche, mi sembra dare risultati infinitamente più ricchi di qualsiasi per quanto seria e rigorosa indagine giuridica, noncurante, o magari, ignara, delle componenti non giuridiche della questione (10).

(9) G. DUBY, *Matrimonio medievale. Due modelli nella Francia del XII secolo*, Milano, 1981. p. 25.

(10) A Georges Duby ha replicato, con una appassionata e lucida puntualizzazione, Antonio Marongiu, nel lungo saggio *Matrimonio medievale e matrimonio postmedievale. Spunti-critici*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 57, 1984, pp. 5-119. Ogni passo dello scritto di Marongiu, se si esclude qualche forzatura ideologica, sembra allo storico del diritto prova evidente del fatto che egli ha ragione e Duby torto. Eppure, valendoci del suo punto di vista, fatto di fonti giuridiche e visione cristiano-canonica del matrimonio e della famiglia, riusciamo a renderci conto delle sviste, delle omissioni o degli 'errori' di Georges Duby, quando ci sono, ma non a conoscere la famiglia medievale che è certamente — come ogni famiglia in ogni tempo — cosa molto diversa dalle sue regole, matrimoniali e non. Mi pare allora che, ad arbitrare dissensi come questi, valgano le parole di Marc Bloch (che non devono essere prese alla lettera, ma comprese), tratte da *Apologia della storia o mestiere di storico*, Torino, 1969, pp. 130-131: « Il diritto — scriveva Bloch più di quaranta anni fa — nel senso stretto della parola è l'involucro formale di realtà in sé troppo varie per fornire con profitto l'oggetto di un unico studio; ed esso non ne esaurisce nessuna. Per penetrare per esempio veramente a fondo la vita della famiglia — si tratti della piccola famiglia matrimoniale di oggi, dalle continue sistole e diastole, oppure del grande lignaggio medievale, questa collettività cementata da un così tenace intreccio di sentimenti e di interessi — sarà mai sufficiente enumerare, gli uni dopo gli altri, gli articoli di un qualsiasi diritto familiare? Pare che talvolta lo si

3. *De-disciplinarizzarsi.*

Può sembrare un'indicazione paradossale, ma mi pare che nel contesto culturale odierno una delle soluzioni per salvaguardare la funzione produttiva di un settore disciplinare sia quella di attenuarne la specializzazione, decolorando attentamente quei suoi caratteri distintivi che hanno il potere di farne un settore compatto, omogeneo e, in questa misura, chiuso.

Ha ragione François Furet quando loda l'abilità che alcuni storici della sua generazione (Besançon, Le Roy Ladurie, Ozouf, Riché) hanno avuto nello sfruttare al massimo il genio proprio dell'esperienza di ricerca che venivano facendo, che consisteva in una idea semplice e forte: l'apertura della disciplina, il suo vagabondaggio in tutti i campi. Quell'idea — aggiunge Furet ⁽¹¹⁾ — è d'importanza capitale, perché « ha dato alle nostre esistenze, sul piano intellettuale, come su quello semplicemente professionale, una possibilità ed una libertà eccezionali ».

Siamo nello stesso ordine di idee espresso in un'intervista da Michel Foucault, che si riferiva alla necessità di un tentativo costante di de-disciplinarizzarsi: lui, per acquistare la possibilità di mettersi da punti di vista sempre diversi davanti ad oggetti con molte facce; noi, io aggiungo, per attenuare la connaturata ed intima tendenza isolazionista della nostra disciplina e dare così a noi stessi l'occasione di scendere su terreni prossimi al nostro, di mettere a frutto gli utensili del vicino e, in cambio, di prestargli i nostri.

Piccoli passi verso una moderata ed attenta de-disciplinarizzazione sono la condizione per farsi meglio capire dagli altri storici, la premessa per meglio aprirsi alla comprensione di ciò che fanno gli altri e, cosa che pure ha il suo peso, sono la circostanza necessaria per creare all'interno dei nostri temi di lavoro ed oggetti di studio lo spazio necessario per l'ingresso di nuovi problemi storiografici, nuovi temi fecondanti, nuovi oggetti di ricerca.

sia creduto: con quali fallaci risultati, risulta abbastanza chiaro dall'impotenza in cui noi siamo ancora oggi di ripercorrere l'evoluzione intima della famiglia francese ».

⁽¹¹⁾ F. FURET, *I metodi delle scienze sociali nella ricerca storica e la « storia totale »*, in *La teoria della storiografia oggi*, a cura di P. Rossi, Milano, 1983, p. 119.

Non si tratterebbe allora di celebrare la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica, secondo l'espressione pronunciata con spirito inumatorio da Momigliano nel 1963; si tratterebbe, al contrario, di festeggiare la fine della storia del diritto come branca isolata della ricerca storica e/o della riflessione giuridica.

La metafora ossidionale può sembrare esagerata, ma forse riesce ad esprimere un pezzo importante di realtà. Nessuno, in verità, sta assediando gli storici del diritto: non ce ne sarebbe ragione. Ciò non ostante, alcuni di essi restano serrati nella cittadella e tengono le finestre chiuse. Gli altri storici non leggono i loro scritti, ma essi non sembrano preoccuparsene; gli studenti scelgono altri corsi, la loro funzione è seriamente vulnerata, ma a tutto questo si risponde al massimo con una sconsolata deplorazione dei tempi che stiamo vivendo. E dire che basterebbe deliberare l'uscita dalla fortezza Bastiani, posto che nessuno si sogna di impedirlo, e decidere di riprendere il dialogo, dopo essersi riconciliati con le nuove lingue, che sono tante e permettono scelte congeniali assolutamente a tutti. Le cose da dire non mancano, e l'interesse per esse, là fuori, è enorme.

Voglio ripetere, perché si tratta di una mia assoluta e profonda convinzione, che l'autonomia della disciplina è fuori discussione, anzi, deve essere accuratamente coltivata come la prima condizione della credibilità dei nostri studi. Ma se è vero che occorre essere autonomi *in* molte cose, è altrettanto vero che sarebbe sbagliato rendersi autonomi — in realtà separarsi — *da* molte altre. Steccati ideologici o culturali, rifiuti di confronto, elusione di determinati terreni di indagine, negazione pregiudiziale di esperienze altrui, scetticismi aprioristici, sono qualche volta mascherati da autonomia ma rappresentano soltanto isolamento e sclerosi.

Guai perdersi, dissolversi o annegare nel mare della storia, fosse pure la storia sociale, ma guai anche avere un irrazionale terrore di bagnarsi un pò: occorre tuffarsi e nuotare.

4. *Contesti, comparazioni, raccordi e standards.*

L'esigenza di una connessione più stretta, o di un più stabile dialogo, tra storia giuridica e storia della società, non può essere

soltanto proclamata, o auspicata, e per di più nel modo generico, sostanzialmente retorico ed in definitiva ovvio che ho usato finora. Essa ha bisogno, per così dire, di basi di appoggio e poi di gambe per fare strada. Proverò dunque ad indicare gli elementi che più di altri mi sembrano fondare quell'esigenza ed a segnare qualche punto programmatico per il suo soddisfacimento.

Occorre innanzitutto mantenere sempre viva la coscienza della complessità di ogni questione. Tale coscienza offre già di per sé un primo terreno in comune tra la storia sociale e la sua dimensione giuridica, perché la complessità si addice, come chiave ricostruttiva, al diritto ed alla società. Entrambi questi momenti si valgono degli stessi contesti, e mettono a frutto i contributi delle stesse scienze sociali, dall'economia alla sociologia, dall'antropologia sociale all'etnologia.

Il giurista, in particolare, è investito del compito di raccordare le sue analisi e le sue ipotesi ai contesti dai quali il diritto prende l'avvio e verso i quali si indirizza nella sua funzione di razionalizzazione ed organizzazione. Direi, se posso usare un'altra metafora, che egli dovrà alzare più spesso la testa dal microscopio: con l'occhio incollato al microscopio il giurista vede cose che gli altri non vedono e di cui molti ignorano persino l'esistenza; ogni tanto però egli dovrebbe sollevare lo sguardo e rivolgerlo al paesaggio circostante, per capire dove sta l'oggetto della sua osservazione e per dargli un senso, rimettendolo mentalmente al suo posto nel panorama di cui esso fa parte.

Nella medesima prospettiva si colloca l'esigenza di mettere in opera con maggiore assiduità il metodo comparativo nella storia giuridica: si tratta, per esempio, di applicarlo tra diritto e sociologia su base storica. L'operazione è certo tecnicamente difficile e culturalmente delicata, ma da essa può venire molto: basti pensare a tentativi di estremo interesse come quello condotto da Norbert Elias in anni lontani e da altri ripresi recentemente, in ordine alla 'formazione delle norme sociali', ed al terreno di comparazione che queste indagini, ed altre simili ad esse, offrono con i processi di formazione delle norme giuridiche. E poi tutto il terreno delle 'normatività', nella sua estrema complessità ed articolazione, rappresenta un'enorme area comune di comparazione ed indagine.

Certo, un simile tipo di lavoro 'coordinato' comporta la stipulazione di alcune *interfaces* e di standards comuni. Tra storici giuristi e storici della società occorrerebbe, anche solo per consentire lo scambio dei risultati, raccordare i linguaggi, le problematiche, la terminologia. Si pone un problema di coordinamento dei modelli di ricerca, di omologazione delle categorie, di sincronizzazione delle periodizzazioni, di unificazione del metodo di formazione delle ipotesi di lavoro. Si tratta quasi, se mi si perdona il côté velleitario di una simile proposizione, di unificare gli standards delle nostre ricerche, fino a realizzare una sorta di modulistica che consenta di usare scambievolmente in un campo e nell'altro, i risultati, globali o parziali, delle ricerche di ciascuno. L'idea è del tutto astratta, in gran parte inutile, per il resto impraticabile, ma a me preme indicare attraverso essa l'esigenza che l'ha fatta nascere.

Michel Foucault, per esempio, ha indicato le contraddizioni che possono venire dall'impostare una ricerca storica in termini di 'periodo', piuttosto che in termini di 'problema', o viceversa. Chi volesse effettivamente trattare un 'periodo' — ha scritto⁽¹²⁾ — o perlomeno una istituzione durante un determinato periodo, dovrebbe attenersi fra l'altro a queste due regole: trattamento esaustivo di tutto il materiale ed equa suddivisione cronologica di quanto deve essere esaminato. Chi, per contro, vuole trattare un 'problema' apparso in un dato momento, deve seguire altre regole: scelta del materiale in funzione dei dati del problema; focalizzazione dell'analisi sugli elementi in grado di risolverlo; sistematizzazione delle relazioni che permettono questa soluzione.

Ebbene, se è vero, come hanno scritto Philippe Robert e René Lévy, e come io credo, che « le sociologue (ma anche il giurista) pense problème, l'historien, époque »⁽¹³⁾, e che il primo cerca di costruire tipologie — come fa anche il giurista — mentre lo storico persegue periodizzazioni, ecco un'altra forbice da tenere presente e da chiudere, se possibile, attraverso il reciproco scambio delle prospettive essenziali dell'un modo e dell'altro di impostare la ricerca.

⁽¹²⁾ M. FOUCAULT, *La polvere e la nuvola*, in *Aut Aut*, n.s., 181, 1981, p. 48.

⁽¹³⁾ R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue et l'histoire pénale*, in *Annales ESC*, 39, 1984, n. 2, p. 405.

Scambio in qualche modo facilitato dal fatto « qu'il n'existe probablement pas de différences épistémologiques entre histoire et sociologie, et que toutes deux appartiennent en principe au même 'continent' ... » (14).

Bisogna dire, d'altronde, che almeno tre territori *comuni* esistono già per quel che riguarda la storia giuridica e la sociologia storica, se non precisamente la storia sociale. Essi sono già stati in parte esplorati: dai giuristi, che hanno potuto mettere a frutto categorie sociologiche 'raccordate' al loro particolare punto di vista, e dagli storici della società, o da quelli delle istituzioni sociali e politiche, i quali nel rapporto tra storia del diritto e storia delle istituzioni individuano un rapporto « non fra disciplina specifica e studio generico delle vicende collettive, bensì fra due discipline specifiche, che hanno in comune l'analisi degli strumenti giuridici del potere, ma non si esauriscono in essa » (15).

Alludo alle tematiche connesse al *ceto dei giuristi*, alla nozione di *potere* ed al principio regolatore (o modello generale) rappresentato dal concetto di *ordine*. Sul tema dei giuristi, fonte ed oggetto di studio allo stesso stempo, secondo la lucida e precoce indicazione di Marc Bloch (16), gli storici del diritto hanno lavorato e discusso molto in questi ultimi quindici anni, facendone uno dei terreni

(14) R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue*, cit., p. 405.

(15) G. TABACCO, *Storia delle istituzioni*, cit., p. 38.

(16) La pagina di Bloch a cui alludo, ieri ignota, oggi famosa, verrà probabilmente da molti ricordata o citata in questo Convegno. Voglio tuttavia, pro memoria, riscriverla qui per intero, perché contiene in nuce, ma anche in evidenza, non pochi spunti di quelli che ho cercato di sviluppare in questo mio discorso: « Pure, nel concetto del fatto giuridico come distinto dagli altri, c'è qualcosa d'esatto. Almeno in molte società, l'applicazione e, in larga misura, la stessa elaborazione delle regole di diritto sono state l'opera di un gruppo di uomini relativamente specializzato e, in questa sua funzione (che i suoi membri potevano, è ovvio, combinare con altre funzioni sociali), sufficientemente autonomo, per possedere tradizioni proprie e, spesso, per praticare persino un metodo peculiare di ragionamento. La storia del diritto, insomma, potrebbe non avere esistenza separata se non come storia dei giuristi: e non sarebbe davvero un cattivo modo di esistere, per un ramo di una scienza degli uomini. Intesa in questo senso, getta su fenomeni assai diversi, ma soggetti ad un'azione umana comune, dei barlumi che, nel loro ambito necessariamente limitato, sono molto rivelatori » (M. BLOCH, *Apologia*, cit., p. 131).

principali del loro confronto sugli orientamenti, sui rapporti e sulle strategie della loro disciplina. Il tema del potere, più incerto, più ambiguo, meno afferrabile, è tuttavia tale da offrire chiavi ricostruttive che — usate con sagace parsimonia — sono le uniche in grado di aprire certe porte determinate, attraverso le quali giuristi e storici della società sono pur costretti a passare. La nozione di ordine, infine, criterio centrale per la ricostruzione delle pratiche sociali, dal punto di vista della sua resa storiografica è ancora in fasce: esiste e se ne può parlare solo perché è stata avvistata e quindi riconosciuta, ma siamo ancora lontani dall'averla messa all'opera come merita.

Territori, dicevo. Territori nei quali gli storici si sono variamente addentrati e con differente successo, ma sui quali si continua a lavorare, a disboscare, dissodare, redigere mappe, mettere picchetti e stabilire avamposti. Si tratta, per restare nella metafora della 'frontiera', di esploratori e coloni che vengono da mondi diversi, con lingue diverse e diverse 'religioni': eccellente premessa per un 'melting pot' dai risultati ricchi, nuovi, duraturi.

5. *Il diritto rispecchia, ed in esso si stampano impronte.*

Ovviamente, il problema del raccordo tra le diverse scienze storico-sociali non riguarda soltanto gli storici giuristi. Gli altri storici hanno anch'essi una tradizione di incompiutezza e sottovalutazione del fenomeno giuridico, con la quale è tempo che regolino positivamente i conti.

Una delle vie da seguire potrebbe essere quella di prendere atto, insieme ai giuristi, del potere di rispecchiamento della realtà tipico del fenomeno giuridico; un'altra via sta nel rendersi conto della possibilità di alto grado che il diritto ha di 'certificare' i fatti sociali; un'altra ancora nella sicura utilizzabilità del momento giuridico per garantire rigore al lavoro storico, vuoi assumendolo come elemento rivelatore nel contesto della ricerca, vuoi considerandolo strumento al quale riferirsi per verifiche *ex post* della attendibilità dei risultati. Ma occorre spendere qualche altra parola per meglio chiarire il senso e lo sbocco di queste possibili 'vie'.

Faccio ancora ricorso all'intelligente e problematico scritto pubblicato or ora sulle *Annales* da Robert e Lévy: la loro riflessione ha

per specifico oggetto il diritto penale, che certo si presta meglio di ogni altra branca del diritto — e cercherò di mostrarlo in chiusura — ad un'operazione di compenetrazione, sul piano storico, con le altre scienze storiche sociali. Tuttavia, chi volesse potrebbe leggere le loro affermazioni sostituendo all'espressione 'diritto penale' quella di 'diritto' tout court. Una messa in contesto soddisfacente dell'oggetto penale, dicono Robert e Lévy⁽¹⁷⁾, necessita di una precisa individuazione delle sue relazioni con gli altri elementi della formazione sociale. Non si tratta di pensare a queste relazioni come a collegamenti tra elementi che sono estranei gli uni agli altri, ma di rendersi conto piuttosto che *il penale [il diritto] rispecchia*, anche se in un suo modo specifico, i conflitti che in un momento dato strutturano una formazione sociale. E non solo i conflitti tra dominanti e dominati, ma anche quelli che si sviluppano all'interno di ciascuno di tali livelli.

In poche parole si vuol dire che il diritto (e forse il diritto penale in modo più vivo ed evidente), rimanda segni che non possono essere ignorati da chi studia il contesto, ed è fatto di condizionamenti provenienti dal contesto che non possono essere ignorati da chi studia il diritto.

Basterà pensare allo studio dei processi e delle sentenze, intesi come oggetto della storia del diritto, ma anche come campo di esplorazione, o più semplicemente come fonte, della storia delle società. Nei processi e nelle sentenze non ci sono soltanto le cose che ognuno può vedere e sapere alla prima lettura; anzi, non sarà male ricordare ai non giuristi che la prima lettura degli atti di un processo è certamente più ingannevole di quelle che, auspicabilmente, la seguiranno. Le sentenze, per usare le parole di Jean-Paul Charnay⁽¹⁸⁾, rivelano i principali punti di attrito che spingono gli interessati a ricorrere o meno alla giustizia. A partire da queste liti (volume, senso, intensità, contenuto), dalle costanti locali (tipo di conflitti, transazioni specifiche di un'area particolare) e dai dati socio-etnografici, si può tentare di *dedurre* i movimenti sociali più ampi, le correnti, le tensioni e le discussioni profonde, le pulsioni di cui sono segno o più esattamente manifestazioni individuali in un quadro dato.

(17) R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue*, cit., p. 404.

(18) J.-P. CHARNAY, *Su un metodo*, cit., p. 400. -

Ma il diritto, o — meglio — la dimensione giuridica delle cose, non ha solo il potere di *rimandare*, rifrangendoli, segnali che, opportunamente decodificati, diventano importanti messaggi. Essa è anche capace di *ricevere* segnali e messaggi, registrandoli in sé in modo particolare e tutto suo, restituendoli poi a chi conosce la maniera di affrontarla e interrogarla.

Sarebbe interessante e molto fruttuoso praticare sulle fonti giuridiche l'euristica abduttiva designata da Thomas Huxley come « metodo di Zadig »⁽¹⁹⁾. Una legge, una sentenza, un'opinione di giurista, recano tanti di quei 'graffi' e 'segni', tante di quelle pieghe e di quelle rughe, che all'occhio veramente esperto non sarà certo impossibile dedurne 'fatti sociali avvenuti'. Si arriverà così ad un livello più profondo di scavo nella realtà di quanto non sarebbe possibile passando soltanto per le 'altre' fonti, con il metodo consueto.

Quel che voglio dire e sottolineare è che si possono scoprire nelle fonti giuridiche fenomeni sociali altrimenti asintomatici. La legislazione e la giurisprudenza, la dottrina giuridica o gli atti di privata disposizione, con la loro insistenza su certi temi, con allusioni, con eccezioni o aggravamenti, con silenzi o con obiter dicta, svelano pezzi di realtà ammutolita, o ci danno gli elementi necessari per fare solide ipotesi, da provare magari per altre vie.

Ai frammenti scomposti di realtà quiescenti che è possibile vedere sotto e attraverso una fonte giuridica a suo modo reticente, si può applicare un metodo ricostruttivo fatto di altri e diversi 'giochi di pazienza', come quelli che Agnes Heller, usando efficacemente il paradigma introdotto da Jules Verne ne *I figli del capitano Grant*, ha chiamato « teoria della Patagonia » o « teoria dell'Australia »⁽²⁰⁾. Sono metodi che, nell'esempio-ipotesi di Verne, non danno il risultato sperato (che poi peraltro arriva, inatteso, per il solo fatto che non si era interrotta la ricerca), ma servono a viaggiare: voglio dire che producono comunque conoscenza per altre

(19) Il rilancio recente dell'espressione si deve a Carlo Ginzburg che ne ha rifatto la storia e ne ha spiegato il senso nel saggio *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, a cura di A. GARGANI, Torino, 1979, p. 82 ss.

(20) A. HELLER, *Teoria della storia*, Roma, 1982, p. 94 ss.

vie inattingibile, illuminando altre zone, diverse da quella che si vuole rischiarare, ma pur sempre con ciò acquisendo alla scienza storica nuovi elementi da usare quando sarà il loro turno.

Sono (non forte) esempio della produttività di questi metodi, peraltro fermi al loro stato nascente o, peggio, appena formulati e mai ancora posti in sperimentazione, la deducibilità della presenza dell'infanticidio nella famiglia regolare di antico regime dall'aggravante prevista per le nubili; l'allarme sociale nascente da determinati crimini suggerito dalle rare enfattizzazioni dei giuristi; oppure la frequenza dei comportamenti illegalistici — la cui traccia archivistica è quasi nulla — desumibile, con molto altro, dalla ossessivata e fittissima reiterazione dei bandi. Ma si tratta soltanto di esempi che andrebbero ben altrimenti illustrati e messi in discussione, non di principi storiografici dati per assoluti. Le impronte lasciate nelle fonti giuridiche esigono per la loro lettura una tale sofisticazione degli apparati culturali di decodificazione che non può esistere esempio convincente della loro sicura produttività: se esistesse vorrebbe dire che saremmo in presenza di tracce ben pesanti ed eloquenti, costanti e non intermittenti, leggibili da chiunque sappia leggere. Il che non è.

Quel che forse si può dire, enfattizzando un pò attraverso una ennesima metafora (stavolta medica), è che lo storico sociale con adeguata sensibilità giuridica, se ha sufficiente acutezza (una volta si sarebbe detto 'occhio clinico') e fonti che rimandano segni, potrebbe essere in grado di diagnosticare anche lontano dal paziente, e cioè dal pezzo di realtà oggetto della sua attenzione. Potrebbe arrivare alle conclusioni giuste come fanno quegli specialisti che senza auscultare o palpare, senza guardare in faccia l'ammalato, centrano la diagnosi con un'occhiata alle sue analisi. Proprio questo essendo spesso il valore di un testo giuridico: quello di rappresentare rispetto alla società di riferimento il risultato di una 'analisi', o un'analisi esso stesso.

Resta un ultimo punto. Il diritto, dicevo, può essere il mezzo ed il vaglio del rigore procedimentale, ed anche 'filologico', in senso lato, di una ricerca storica. Esso può fungere da strumento per svelare, snidare e dichiarare quel tanto dei rapporti di potere che è presente in ogni fonte, anche non giuridica: solo un occhio eser-

citato nell'analisi dei processi normativi è in grado di farlo, e l'arnese per questa operazione è la cultura giuridica.

Esso può poi fungere, d'altra parte, da possibile 'prova del nove' (qualche volta fallace, come si insegnava ai miei tempi) di alcune ricostruzioni storiografiche. Ogni oggetto di indagine, infatti, qualsiasi esso sia, ha una sua disciplina giuridica, con il cui assetto istituzionale potrà essere raffrontato dopo la sua ricostruzione; non è detto che debba incastrarsi perfettamente in essa, ma chi sa misurare potrà dire se quel risultato può comunque considerarsi collaudato, o se proprio non riesce a convincere.

6. *La storia criminale, modello possibile e terreno privilegiato.*

Esiste un terreno privilegiato sul quale alcune delle indicazioni che sono venute richiamando qui sopra hanno cominciato a prendere forma, ed è quello della storia criminale, intesa come la storia degli apparati complessi della giustizia penale, rispetto ai quali il fenomeno criminale è considerato come uno degli elementi che determinano il profilo della repressione⁽²¹⁾.

Dopo una fase in cui il campo è stato (lungamente) tenuto dagli studi di criminologia storica — proiezione storiografica di teorie criminologiche di stampo positivistico — la nuova storia criminale ha cominciato ad affermarsi come branca molto vivace della storia sociale e, allo stesso tempo, come parte molto significativa della storia penale. Non è questo il momento per tracciarne le linee metodologiche essenziali, né è questa la sede adatta per farlo⁽²²⁾. Quello che voglio è mostrare come i suoi caratteri principali ne facciano il terreno naturale dell'incontro e della collaborazione tra storia giuridica e storia della società, proprio nel senso che ho cercato di delineare fino ad ora in queste mie riflessioni.

⁽²¹⁾ R. ROTH, *Histoire pénale, histoire sociale: même débat?*, in *Déviance et société*, 5, 1981, n. 2, p. 195.

⁽²²⁾ Sul valore, sul significato, sui metodi della storia criminale è in corso da qualche anno una discussione che ha coinvolto già un numero molto alto di scrittori, specialmente nelle aree francese ed anglo-americana. Sarebbe ormai tempo di tirare le prime grandi linee di quella discussione, per verificare, se non altro, lo spazio di legittimità, se non quello di autonomia, di questo settore della ricerca storica. Per un simile auspicio, credo, questa sede e questa relazione sono appropriate ed adatte.

Guardiamo per esempio agli 'ingredienti' che ne costituiscono l'ossatura. Innanzitutto il diritto penale, la legislazione e la dottrina, come corpo di fonti centrale, a sua volta bifronte, perché tale da condizionare fortemente i comportamenti criminali e da esserne condizionato. In secondo luogo, il grande apparato della giustizia criminale, il quale coinvolge i giuristi e la loro funzione, in quanto interpreti dell'intero *corpus* normativo, 'fonte' del diritto nell'età del diritto comune, o in quanto giudici e avvocati. Ma il sistema di giustizia coinvolge anche le istituzioni ad esso collegate, da quelle repressive (la polizia, innanzitutto) a quelle punitive (con particolare riguardo al rapporto pena-società, o a tutta la problematica che ruota intorno al carcere o agli altri trattamenti reclusivi); coinvolge le grandi discussioni di ordine ideologico sul diritto di punire o sulla morte come pena, che tanto hanno influenzato mentalità ed orientamenti che poi sono andati ben oltre la dimensione penale; coinvolge le pratiche sociali della punizione e del controllo, dai processi di normalizzazione a quelli di disciplinamento, dalle strategie dell'ordine a quelle che riguardano gli spostamenti di risorse, il governo dell'opinione pubblica, il rapporto tra pena e mercato del lavoro.

Ma la storia criminale non è fatta soltanto di diritto e di apparati di giustizia. Essa si innesta pienamente nello studio della società ed implica l'uso dei complessi scientifici che la misurano (etno-antropologia sociale e storica), che la quantificano (demografia), che la descrivono (sociologia). In grande parte è proprio su questo innesto che poggia la 'nuova' storia criminale: in passato — come notava efficacemente Georg Rusche in un famoso scritto del 1933 — molti errori nello studio della questione criminale nascevano dal fatto che i ricercatori non erano usi a trattare gli strumenti fondamentali delle scienze sociali. I più vi giungevano infatti da altre discipline, ed erano giuristi e medici. Quando essi, dice Rusche, fanno uso di categorie sociologiche, sono quelle desunte dal senso comune o, nel migliore dei casi, quando sono scientificamente fondate, sono esclusivamente di natura socio-psicologica ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale*, in *La questione criminale*, 2, 1976, n. 3, p. 521.

Oggi lo sforzo degli studiosi va proprio nella direzione opposta e comporta non solo un uso corretto delle giuste categorie sociologiche, ma anche un crescente impiego della sociologia storica: gran parte della storia criminale, per esempio, si vale direttamente delle ricerche, oggi molto ricche e sofisticate, sulle fasce marginali, sul mondo contadino, sui comportamenti di ceto e così via.

A tutto questo si aggiunge il necessario interesse che lo studio del crimine e del suo trattamento in epoca storica deve nutrire per tutto quanto attiene la sfera delle mentalità. Sentimenti come la paura, l'aggressività, l'allarme, non sono soltanto ingredienti eventuali da tenere presenti, ma rappresentano punti fermi di ogni indagine seria su determinati aspetti del fenomeno criminale. Anche la violenza, o il rapporto psicologico con i valori protetti, dalla vita ai beni, dalla morale all'ordine costituito, sono oggetti specifici delle valutazioni ordinarie di uno storico del crimine. Così come aspetti quali la formazione degli stereotipi, gli etichettamenti, i processi di criminalizzazione, rappresentano elementi che nascono dalle mentalità, hanno a che fare con i comportamenti psicologici di massa, ma sono qualcosa di 'materiale', di concreto, nelle dinamiche che riguardano la criminalità e la sua repressione.

Non soltanto per quanto riguarda i suoi 'ingredienti', tuttavia, la storia criminale costituisce una sorta di punto di fusione tra fonti, oggetti e metodologie appartenenti in parti equilibrate alla storia giuridica ed a quella sociale. A ben vedere, le due prospettive si intersecano in più punti, e le ragioni di fondo dei fenomeni centrali che principalmente le interessano si sostengono a vicenda.

C'è per esempio una forte interdipendenza, produttrice di ben individuabili realtà, tra la politica penale degli stati (o dei singoli apparati) e la condizione di vita dei poveri, la quale cambia notevolmente di qualità in presenza di un sistema repressivo 'morbido' ed indulgente, o magari soltanto inefficiente, o di un altro sistema efficiente, determinato o severo. Chi studia i ceti che non posseggono nulla studia una parte importante della storia dei reati contro la proprietà, e non può ignorare il rapporto che i suoi miserabili avevano con i proprietari e con la polizia, se vuole capire come vivevano effettivamente.

D'altra parte, la storia del diritto penale, per non dire quella della giustizia criminale, non ha più alcun plausibile fondamento

senza una contemporanea analisi del fenomeno criminale: le due questioni sono tanto strettamente connesse che sarebbe impensabile continuare a tenerle divise, ritenendo di poter ignorare ciò che sta dietro e sotto il diritto, o magari pensando che dietro e sotto non ci sia nulla.

Resta ora da tirare almeno la prima conclusione di questo discorso. A me pare evidente che la sola conseguenza logica delle premesse qui sopra elencate stia nella necessità che la storia criminale diventi — posto che non lo sia già — affare di persone che hanno la doppia competenza di storici giuristi e sociali, non essendo pensabile che ogni questione possa essere affrontata giustapponendo competenze diverse facenti capo a soggetti diversi. Occorre farsi bilingui per vivere ed operare in un mondo che è strutturalmente bilingue.

L'interdipendenza tra il penale ed il sociale (« le pénal n'est qu'une des excroissances du social », « le social, héritier du pénal »⁽²⁴⁾), è la ragione essenziale di quella necessità, e non è evidentemente la sola. Robert Roth ne ha indicate quattro che, a suo parere, spingono « l'historien du pénal à se convertir vite en chercheur en histoire sociale ». Io credo di averne aggiunte diverse ancora, e tutte che consigliano ad entrambi, il giurista storico e lo storico delle società, di de-disciplinarizzarsi un pò e mettere ognuno le mani nella pasta dell'altro.

(24) R. ROTH, *Histoire pénale*, cit., p. 187, 194.

*Comunicazioni e interventi
nella discussione*

ALBERTO CARACCIOLO

A me pare che, partendo stamattina da un discorso che puntava soprattutto sulla ricerca degli squilibri, degli equivoci, delle dissonanze possibili riscontrate tra discipline qui rappresentate, siamo arrivati a un punto più ottimistico, sul quale si mette l'accento, per esempio nella relazione di Mario Sbriccoli, non più su presunte priorità, ausiliarietà o cattive possibilità di convivenza, ma su risultati già in corso, avviati, o promettenti, ai quali Sbriccoli a sua volta aggiunge un certo numero di sue raccomandazioni. E devo dire che in questa aura o in questo stile di discorso io mi trovo particolarmente d'accordo, perché mi pare che da lì possiamo più agevolmente procedere a qualcosa che non siano delle rispettive prese di distanza ma che anzi offrano proposte costruttive rispetto allo stato degli studi in cui ci troviamo; il che credo in ultima analisi sia lo scopo di questo convegno. In questa chiave agli storici, dei quali in qualche modo faccio parte, direi che viene qualche ammonimento a non chiudersi in se stessi di fronte all'apertura dei discorsi che abbiamo sentito quest'oggi e che investono evidentemente tutta l'iniziativa, puntando sul bisogno di ritrovarsi intorno ai temi della società e, in particolare, della società del passato.

Vedo però il pericolo che gli storici prescelgano una via di raccordo privilegiata con lo storico-giuridico e dimentichino — è un punto che dovremo insieme mettere a fuoco — come dietro allo storico giuridico c'è il giurista e il diritto, che non sono necessariamente storici, ma che anzi si presentano come autonomi e hanno un loro statuto in quanto tali. Sta forse qui la più grande complicazione, mentre è relativamente più intuitiva la convergenza fra storici del diritto, storici sociali, storici di questo o di quell'altro: il punto difficile, il punto dolente viene laddove due discipline, che tra l'altro si presentano l'una come diacronica, e

l'altra come prevalentemente sincronica, devono fare i conti l'una con l'altra. Se mi consentite un ricordo, dirò che su tutto questo mi sono trovato a discutere a lungo anche con persona molto vicina a me come Giuliana D'Amelio: essere storici del diritto significa appartenere a una branca storiografica o non piuttosto lavorare in una branca del diritto positivo? Da Lei mi veniva continuamente rimproverato di stare attento, perché il diritto ha una sua specificità, una sua tecnicità, un suo statuto che non possono essere interamente immersi nella storia giuridica e che devono stare alle spalle anche dello storico giuridico. Del resto, un simile discorso rassomiglia a quello che ci fanno gli economisti quando facciamo della storia economica pensando basti per questo ingurgitare qualche nozione di economia, senza avere presenti adeguatamente specificità che a livello tecnico e metodologico sono spesso ineliminabili e drastiche da parte dell'economia politica come tale, o della finanza in quanto tale. È di questo genere, mi pare, il più delicato punto di frizione o di convivenza: dobbiamo verificarlo in questa occasione forse più ancora del rapporto tra storia del diritto e storia *tout court*, o altri tipi di storia come quella sociale ecc. È proprio ciò che sta alle spalle della storia del diritto, cioè il diritto medesimo in tutte le sue articolazioni, la sua complessità e la sua tradizione anche epistemologica, con cui dobbiamo fare i conti. È lì che suona ancora opportuna la parola autonomia, che è uscita in diversi punti dei discorsi che abbiamo ascoltato finora: autonomia disciplinare che deve essere conservata proprio se poi si vuole avere quell'incontro e quello scambio e quell'efficacia conoscitiva che da una collaborazione può nascere.

Certo, a loro volta sapranno o debbono sapere i giuristi come non fermarsi ad una loro tecnicità, a una pandettistica stretta, a un interesse per un diritto positivo che si riduca a interesse soltanto per norme o ordinamenti nella loro espressione scritta. Ma questo è troppo facile raccomandarlo, troppo facile dirlo. Credo che sia ben presente allo storico del diritto appena scaltrito, che il difficile comincia dopo, dove il raccordo non sta solo tra lo storico del diritto che già ha spesso una consuetudine con lo storico sociale, ma tra lo storico del diritto che porta con sé tutto un bagaglio giuridico specifico sul quale si è attrezzato e

quello deve mettere a confronto ed eventualmente utilizzare secondo uno spessore storico.

Ho anche presente un suggerimento che veniva stamani da Jacques Le Goff: domandarsi se non debba esserci soprattutto una grossa convergenza, intorno a una storia sociale modernamente intesa, degli storici *tout court* e degli storici del diritto con gli antropologi. Mi pare che questo genere di rapporti fosse messo in un'evidenza un po' particolare rispetto ad altri possibili intrecci e incroci interdisciplinari. E allora vorrei dire che proprio da amici francesi, insieme agli italiani, è venuto un esempio felice con le iniziative promosse dall'École Française di Roma l'anno scorso sui nodi storici dei problemi della famiglia: in esse non solo c'era anche l'Istituto di antropologia di Roma che partecipava, ma alcune delle cose che per gli storici sono state più preziose sono venute proprio da specialisti nemmeno della storia giuridica, ma del diritto. Io ricordo un intervento di Caputo, un collega bolognese che credo non sia storico in nessun senso, ma che è canonista: ci ha parlato di alcuni fenomeni relativi all'età della controriforma in termini che per lo storico erano un interesse estremo, eppure era un giurista. Si badi non uno storico del diritto; solo colto, attento, informato, e capace quindi di dare un contributo creativo a quel nostro incontro.

Le difficoltà un momento fa, le ho indicate, ma anche degli esiti positivi continuamente in atto mi pare che se ne vedano. Per esempio non posso non sottolineare che le carte negli studi si sono largamente mescolate e quindi permettono avanzamenti abbastanza rapidi, forse, nel superamento degli steccati che in certi momenti hanno diviso in blocco diritto e storia. Il quadro che ci fornisce Mario Sbriccoli è carico almeno di punte, di suggerimenti ottimistici ed incoraggianti. Semmai è più l'istituzione accademica come tale che frena, perché la sua acculturazione il giurista la trova tutta in Facoltà giuridiche dove si troverà magari ben ferrato dal punto di vista delle discipline del diritto, ma in difficoltà per poi confrontarsi con altre discipline sociali; così come a sua volta molte ignoranze giuridiche dello storico vengono dal fatto che non si insegna nulla di legge e lo si insegna attraverso mediazioni troppo rapide, nei corsi e Facoltà che lui frequenta e che sono a base prevalentemente letteraria. Mi pare che siano certe

strutture, istituzioni e certe tradizioni del sistema universitario che poi costringono l'allievo a seguire il maestro su qualcosa che qualche volta sentirebbe già superato, o seguire un libro che ha fatto testo a suo tempo, chiudendosi alle suggestioni nuove che intervengono da questa o quella specializzazione o materia. Ma se ci sono questi farraginosi freni che operano a livello accademico, cerchiamo di eluderli e di raccogliere invece un'altro tipo di stimoli: penso a quelli essenzialmente culturali, metodologici che abbiamo sentito circolare qui con molta sensibilità e con originali contributi.

ALBERTO CARACCIOLO

IN MARGINE
A VENT'ANNI DI « QUADERNI STORICI »

1. In questa sede, in occasione di un seminario che si riferisce al rapporto fra storia sociale e dimensione giuridica, occuparsi di « Quaderni Storici » credo che non sia fuori luogo. Fin dall'inizio infatti quella rivista si è posta come terreno privilegiato per gli studi storico-sociali, soprattutto nei periodi e problemi del passaggio al mondo moderno, con notevole attenzione agli studi giuridici o storico-giuridici. Inoltre, benché consapevole della complessità dei problemi che sorgono quando ci si trova di fronte a statuti diversi e a tradizioni differenziate, « Quaderni Storici » ha condotto intorno al confronto con altre discipline la sua principale scommessa. E ciò fin dagli anni Sessanta, in cui tale ottica era inconsueta in Italia e quando praticarla sembrava fare il verso alle « Annales » o contraddire all'autorità della più affermata storiografia accademica.

Un segnale di orientamenti siffatti appariva già, anche rispetto allo specifico giuridico, nella prima serie « marchigiana » della rivista. Non a caso, tenendo fede al progetto reso pubblico preventivamente (cfr. qui più oltre la *Appendice 3*), il primo fascicolo si apriva con la traduzione italiana della *Longue durée* di Fernand Braudel, il secondo aveva come editoriale un articolo sugli studi storici di diritto privato moderno scritto da Franz Wieacker. E l'*Indice generale* di questa ventina di annate, ora pubblicato presso « Il Mulino », conferma come un lavoro in quella direzione si sia manifestato nettamente anche dopo, sia attraverso approfondimenti monografici sia in sede di discussioni critiche, di commenti, di interventi occasionali. Se ne darà qui qualche indicazione, non senza ricordare prima — in breve —

alcuni elementi di storia « esterna » della rivista che, salvo in una nota dedicata solo ai primi anni (si può vederla in « The Journal of Italian History » del 1978), non sono mai stati riassunti e messi in ordine.

2. Circa 60 numeri con cadenza quadrimestrale, vent'anni di attività sul piede di almeno 500 pagine annuali all'inizio e di circa il doppio dopo, più di trecento firme di collaboratori e redattori. Tali sono i dati crudi che descrivono la rivista che nacque nel 1966 come « Quaderni Storici delle Marche » (cfr. più avanti l'*Appendice n. 1*) e che cambiò nel 1970 la testata abbreviandola in « Quaderni storici », per poi definirsi, nel 1984, « Quaderni Storici nuova serie ».

Per il bibliofilo si può aggiungere che mentre sono cambiati a più riprese i corpi e i caratteri tipografici, il tipo di carta, gli accorgimenti di stampa, le copertine e le sovra-coperte, è rimasto sempre uguale il formato (21 × 14 cm.). È sempre progressiva anche la numerazione dei fascicoli fino al 60, con cui si chiude il 1985 (ma il n. 29-30 è doppio). Ogni fascicolo reca il riferimento esplicito a un tema monografico principale in esso trattato.

Nei primi anni, editore e tipografo è stato Argalia, di Urbino. Dal n. 34 (1977) l'edizione è stata assunta da Il Mulino, di Bologna. Il nucleo e il recapito redazionale sono restati per molti anni in Ancona, presso l'Istituto di storia e sociologia dell'Università, mentre dal 1982 essi sono a Genova, presso Edoardo Grendi, con una segreteria affidata a Osvaldo Raggio.

Dal 1966 al 1969 la conduzione spettava a un Comitato composto da Alberto Caracciolo, direttore, Sergio Anselmi, Renzo Paci. Dal 1970, finita la serie « delle Marche », figura come direttore anche Pasquale Villani ed entrano come redattori Edoardo Grendi (Genova), Giorgio Porisini (Bologna), Mario Rosa (Bari), Arnaldo Salvestrini (Firenze), Angelo Ventura (Padova), e successivamente via via Raffaele Romanelli, Guido Verucci, Ernesto Galli della Loggia, Giovanni Levi (sulle motivazioni del cambiamento del 1970 cfr. qui più avanti la *Appendice n. 2*). Dopo che per un anno (1977), in attesa di una revisione di articolazioni e di programmi, non figurano in copertina altro che i nomi di Caracciolo e Villani direttori e Anselmi redattore capo, dal 1978 si de-

finisce (cfr. in proposito la *Appendice n. 3*) un assetto che resterà praticamente invariato fino al completamento della « serie »: una direzione di otto persone, cioè i già nominati Anselmi, Caracciolo, Grendi, Levi, Romanelli, Villani e i due nuovi Carlo Ginzburg e Carlo Poni, affiancati da un numeroso Comitato scientifico. La più recente variazione è quella decisa nel 1983 a valere dall'anno seguente, quando si allarga ancora la direzione (esce Anselmi, con le motivazioni che compaiono in una sua lettera del n. 55, e si aggiungono Michele Luzzati, Paolo Macry, Diego Moreno, Adriano Prospero, mentre si allarga e modifica altresì il Comitato scientifico).

La tiratura della prima serie (« delle Marche ») non superava le poche centinaia di copie a numero, con presenza in circa trenta librerie. Dopo di allora la tiratura è continuamente cresciuta, fino alle 2.500-3.000 copie, e i librai riforniti sono diventati più di cento. Gli abbonamenti, che erano al di sotto dei 300 nel 1970, sono diventati quasi 900 nel 1975, quasi 1.300 nel 1980, oltre 1.600 attualmente, di cui un centinaio commissionati dall'estero.

3. Per tornare alla presenza di una cosiddetta « dimensione giuridica », si può osservare come già nel 1966 « Quaderni storici delle Marche » contenga, oltre al saggio di Wieacker, l'articolo *Sulla storiografia giuridica e la scienza del diritto pubblico* di Sabino Cassese — un autore che sta incominciando allora ad affinare il suo interesse per i risvolti storici del diritto amministrativo — e due contributi sulla personalità dello Stracca (Mordenti) e sugli archivi notarili della regione (Lodolini). Nei fascicoli successivi trovano posto studi intorno a istituti contrattuali di prestito, di assicurazione, di possesso di terra o di case. Nel n. 6 (1967) l'impostazione ruota intorno ai problemi dello Stato moderno come li propongono Julius Bardach, Isabella Zanni, e ancora (1968), R. Paci, B. Zenobi, L. Lume, U. Santarelli, A. Caracciolo, D. Cecchi: l'ultimo fascicolo di quell'anno si muove tutto fra diritto privato (Stefano Rodotà, a proposito del *code civil*) e pubblico (Cassese, Serrani, Santarelli, Mordenti).

Nella prima serie « nazionale » della rivista, cioè a partire dal 1970, troviamo studi di nostro interesse soprattutto nel n. 16 (1971) con gli articoli di Umberto Romagnoli sulle leggi per l'im-

piego privato e di Raffaele Romanelli sul liberalismo e regionalismo di Minghetti. Subito dopo un intero grosso numero (il 18) si intitola a *Stato e amministrazione*: aperto da Caracciolo e Casere con le loro *Ipotesi sul ruolo degli apparati burocratici*, impegna quindici studiosi, fra cui dall'estero Herring, Legendre, Parris, su tematiche di età contemporanea. Allo scorcio dell'antico regime si rifà invece sia il n. 19 (1972) sulla tarda feudalità (introdotto da Villani e Soboul) sia il n. 26 (1974), sotto il titolo *Ceti ordini istituzioni*, con una discussione sul senso stesso dei concetti di feudalità, feudistico, feudalesimo, negli articoli di Monti, D'Amelio, Petronio, Grendi: il discorso non potrebbe essere più interdisciplinare col diritto, accanto alla presenza di altri generi di interdisciplinarietà.

In questo decennio della rivista risulta, una crescita di interesse per il versante antropologico e per gli approcci microstorici, come si avverte cautamente anche dal corsivo redazionale del 1978 (qui riportato nella *Appendice n. 3*): è in quella direzione, principalmente, che troviamo anche studi o spunti riferibili al momento del diritto. Si veda il n. 33 (1976) su « Famiglia e comunità » coordinato da Delille, Grendi e Levi nella direzione in gran parte originale suggerita dal titolo, e si ricordino le discussioni su « Fonti criminali e storia sociale » in cui si impegnano fra i nn. 44 e 49, molte voci (Allegra, Bailey, Casarini, Dean, Di Simplicio, Géots, Ghiara, Lüsebrink, Pinto, Povolo, Saurer, Wirtz). Alla grande storia » di taglio sociale e talora istituzionale sono dedicati altri fascicoli come quel n. 37 (1978) dove Villani coordina una serie di studi su « notabili » e funzionari nell'Italia napoleonica, come il n. 42, dove Caracciolo e Colombo si soffermano, con altri, sulla nascita della *Opinione pubblica borghese in Inghilterra* e come da ultimo quello (n. 56, 1984) sulle *Borghesie umane dell'800* coordinato da Macry e Romanelli e con interventi tedeschi, francesi, inglesi. Ma più centrale forse, anche per il suo raccordo con problemi trattati nelle ricerche e nelle rubriche a più riprese, appare il fascicolo che Grendi organizza intorno a *Sistemi di carità: esposti e internati nella società di antico regime* (n. 53, 1983), così come risulta fra l'altro ricca di suggestioni di storia del diritto è la tematica su gli *Ebrei in Italia* proposta a cura di Boesch Gajano e Luzzati nel n. 54 (1983) e in articoli sparsi.

Sempre più difficile, come si vede, enucleare e distinguere l'approccio o il problema propriamente giuridico da quello storico-sociale, via via che procede il lavoro di una rivista così restia, come « Quaderni Storici », a rispettare confini disciplinari o metodologie esclusive. Forse è anche da dire che nelle sue pagine la presenza del giurista in quanto tale si è un po' rarefatta, negli anni, e potrebbe auspicarsene una maggiore. Proprio l'incontro di Firenze ha di nuovo portato in primo piano un'esigenza del genere. I lavori che si preparano attualmente intorno alla rivista fanno prevedere, per esempio, una molteplicità di saggi intorno alle forme periferiche o accentratrici del potere nel configurarsi dello Stato moderno in Europa: saggi e ricerche che porgeranno di nuovo motivi di interesse anche a chi professionalmente muove sul terreno giuridico, istituzionale, storico-giuridico. Certi discorsi insomma, certe aperture, non appartengono solo al passato degli studi, ma restano più che mai in evidenza.

Appendice n. 1

TESTO DEL PREANNUNZIO DELLA PUBBLICAZIONE
DI « QUADERNI STORICI DELLE MARCHE »
(VOLANTINO DEL DICEMBRE 1965)

La vita culturale nelle Marche mostra da alcuni anni segni di notevole risveglio. In particolare nel campo storico quel risveglio è avvertito, non solo con l'ingresso di forze nuove e giovani, ma con il più intenso bisogno di scambio con altri centri, scuole, esperienze. Negli ultimi quattro o cinque anni il convegno di studi sul Risorgimento nelle Marche (1960), il seminario sulla storia dello sviluppo economico (1963), varie riunioni promosse dalla Deputazione di Storia patria e da « Studia Picena », hanno attestato la fecondità di questi stimoli e la varietà di interessi che vi si esprimono.

Valorizzare gli studi sulla storia dell'età moderna con particolare riguardo alle Marche, indirizzarli secondo metodologie e tecniche aggiornate, collegarli col generale avanzamento della storiografia e delle altre scienze sociali: ecco alcuni obiettivi cui oggi si può e si deve tendere. Uno strumento insostituibile sono diventate a tal fine le Facoltà e gli Istituti universitari che — ad Urbino e a Macerata, ad Ancona e a Camerino — non si esauriscono nell'insegnamento, ma, si affermano come suscinatori di nuove leve, centri propulsori di studi. Da queste facoltà e istituti, che ne garantiscono la serietà scientifica

e l'apertura culturale, prendono le mosse i « Quaderni storici », che qui si presentano.

I « Quaderni » non intendono perciò invadere il campo, principalmente medioevistico o di rimembranze civiche e patrie, in cui altri lavorano da tempo, né si esprimono secondo una angolatura « di tendenza » o su di un aspetto particolare. Tutto ciò che fa parte del processo storico degli ultimi quattro o cinque secoli, nella sua ricchezza e nel suo movimento anzi vi trova posto. Il contatto stretto, l'incontro continuo con altre discipline — siano economia o diritto, sociologia o antropologia, demografia o geografia o altro ancora — sono dichiaratamente perseguiti. Il fatto di dare molto spazio alle ricerche sulle Marche in periodo di dominazione pontificia non è neppur esso preclusivo, poiché tutto quanto fino a ieri è accaduto interessa a egual titolo: sottolinea tuttavia come quella età, che rappresenta anche per le terre marchigiane una stagione tra le più interessanti, sia la medesima in cui il mondo intero subisce il travaglio che lo inserirà nella realtà dello Stato moderno, della cultura razionalistica e liberale, della morale borghese, dello sviluppo capitalistico e industriale. Fermarsi sull'età moderna, mettere l'accento particolarmente sul nodo che si colloca fra Sette e Ottocento, significa per i « Quaderni » contribuire a scavare in questo decisivo processo di trasformazione della società umana.

Scambio di conoscenze, di studi, dunque, in questa sede, fra chi lavora nelle Marche e la cultura e ricerca storica in genere. Non mancherà perciò nella rivista una sezione dedicata all'ordinamento, notizia, presentazione di fonti e strumenti bibliografici: ma ugualmente troveranno posto in ogni fascicolo alcune pagine, originali o tradotte da pubblicazioni che poco circolano in Italia, di carattere metodologico e di apertura verso problemi storici e scientifici più generali. Per il resto, come il contributo generoso di persone che hanno fiducia nello sviluppo culturale e civile delle Marche rende possibile anche materialmente questa iniziativa, così l'esperienza di lavoro e i consigli degli amici serviranno a determinare meglio l'avvenire della rivista.

[non firmato]

Appendice n. 2

TESTO DEL CORSIVO « AL LETTORE »
PUBBLICATO SUL N. 13 (1970)

Qualche parola di spiegazione sul lavoro che con la loro cre-
scita, con l'ampliamento dell'area di ricerca, con il rinnovamento della
redazione, i « Quaderni storici », si propongono.

Al centro sta l'interesse per la formazione della società moderna e dello stato moderno: economia e cultura, istituzioni e lavoro, tecniche e strutture sociali. Si vogliono cioè interpretare i fenomeni profondi, spesso non espliciti, di lungo periodo, che accompagnano lo sviluppo di paesi come l'Italia. E ci si pone questo programma nella consapevolezza di quanto siano ancora indietro, in tale direzione, le nostre conoscenze.

Si è tanto disputato da più generazioni di storici sul rapporto fra Italia settecentesca e Risorgimento, eppure da pochi anni soltanto comincia a chiarirsi come vada studiata — nelle sue connessioni europee, differenze regionali, incidenze di circoli o classi sociali, rapporti fra disegno riformatore e condotta amministrativa — la corrente novatrice che scorre lungo la seconda metà del Settecento nella Penisola.

Si sono spesi fiumi di inchiostro prima e dopo l'unità d'Italia intorno al significato dell'ultima età borbonica per le sorti del Mezzogiorno, e ci accorgiamo di non sapere per esempio neppure le linee di fondo, geograficamente e socialmente articolate, del movimento demografico nel Regno tra Carlo VI e l'annessione a casa Savoia.

Si è scritto molto, e talvolta a livello di gran raffinatezza e con intuizioni o acquisizioni di rilievo, sull'età seguente il Concilio tridentino al di qua delle Alpi, ma ci accorgiamo ora di non avere neppure una carta grossolana della presenza di istituzioni ecclesiastiche, del loro peso numerico, dei loro rapporti con istituzioni politiche, civili, economiche durante la cosiddetta Controriforma.

Specialisti dell'economia fornirono già in passato dati su questo o quel fenomeno di moneta o di tributi o di produzione nell'Italia unita e « liberale », ma recenti dibattiti hanno dimostrato come non possediamo ancora neppure un primo nucleo documentario e concettuale capace di dar conto dell'esito avuto dallo sviluppo economico italiano a fronte di quello di altri paesi. Si scrisse tanto delle « cento città », tipiche di una lunga storia italiana, ed ora ci accorgiamo che è tutta da fare l'indagine sulla continuità o discontinuità fra città comunali e rinascimentali, sulle stratificazioni sociali che vi si manifestano, sulle istituzioni che le governano.

O ancora, per qualificare il significato dell'intellettuale italiano o cosmopolita in età moderna mancano — o sono frammentari ed embrionali — studi aggiornati su accademie, cenacoli, università, stamperie, biblioteche, cioè sui centri in cui precisamente questo intellettuale cresceva e operava.

E il catalogo delle assenze potrebbe continuare, secondo l'esperienza concreta di ognuno. Facendosi tanto più preoccupante in quanto attiene a fenomeni storici che investono tutti gli spessori di una società e prolungati — presso più che secolari — periodi di tempo, richiedendo l'uso di fonti sempre meno legate all'autobiografia delle

classi dirigenti o al momento « narrativo » in genere. Gran lavoro di archivio dunque, e lavoro concentrato spesso su aree circoscritte o comunque su situazioni esemplari, talora su « campioni »: ecco spiegato, anche al di là di circostanze occasionali o dell'ubicazione di singoli istituti di ricerca o di persone, lo spazio essenzialmente regionale prescelto all'inizio dai « Quaderni storici delle Marche », ed ecco chiaro perché ad un territorio ben determinato — il Mezzogiorno o Genova, Toscana o Romagna, Veneto e Marche — siano legate fondamentali esperienze di studio dei redattori che concorrono ora alla rivista.

Alla lunga, però, in questa luce, gli studi locali, richiedendo continue comparazioni con altre realtà e analoghi processi, tendono a dissolvere il loro confine geografico. Anche limiti cronologici come quelli che dividono i medioevisti dai modernisti mostrano un'angustia interpretativa che va più spesso rimossa. A sua volta il bisogno di approfondimento impone l'uso di metodologie (o, quanto meno, di tecniche) mutuate da discipline non storiche, da ripensare o adattare al nostro tipo di ricerca. E inoltre diventa sempre più necessario porre un freno alla frammentazione dei risultati che si vengono pubblicando e concentrare i risultati convergenti di più studiosi.

Da queste considerazioni discendono alcune caratteristiche di lavoro, alle quali i « Quaderni storici » — una volta fissato l'interesse preminente sulla storia delle strutture e realtà sociali proprie del passaggio al mondo moderno — intendono informarsi: analisi e comparazione di situazioni diverse all'interno d'Italia o fuori; arco temporale lungo, che pur centrato sulla classica « età moderna » non disdegni né la storia contemporanea né i richiami al Medioevo; richiesta insistita di apporti interdisciplinari verso economisti, sociologi, giuristi, demografi, geografi, ecc.; allestimento di fascicoli il più possibile omogenei, nel senso che ruotino intorno ad un nucleo monografico.

Sono propositi ambiziosi, di certo, per la sensibilità abbastanza simile che ipotizzano fra chi vi lavora e per lo sforzo di coordinamento che richiedono. Li immaginiamo però in un contesto di attivo scambio con centri di studio, riviste, gruppi di ricerca, che già in gran numero operano fra noi e che fanno dell'attuale storiografia italiana una tra le più vitali. In questo senso si tratta dunque di un'impresa aperta, non « di scuola »; è rivolta a tutti quanti vi riconoscono alcune fondamentali istanze scientifiche, comuni oggi a una generazione di studi storici.

a.c. p.v.

Appendice n. 3

TESTO DEL CORSIVO
 « LA NUOVA ORGANIZZAZIONE REDAZIONALE »
 PUBBLICATO SUL N. 37 (1978)

Questo fascicolo di « Quaderni storici » presenta la nuova composizione redazionale discussa ed approvata negli scorsi mesi in due riunioni allargate svoltesi a Roma e a Bologna, della quale ultima si dà notizia più avanti nelle « pagine azzurre ». I lettori sanno che la rivista ha sempre cercato di far coincidere la propria redazione con i nomi di coloro che realmente la progettano e la costruiscono, attraverso mutamenti anche frequenti; sanno anche che negli ultimi anni la crescita della rivista e un certo ampliamento dei suoi interessi tematici hanno convinto la redazione d'allora a darsi nuove e più ampie strutture, ed è perciò che nel corso del 1977, mentre il processo andava precisandosi, la rivista ha recato soltanto il nome dei suoi direttori.

Dopo vari incontri, è sembrato che l'organizzazione redazionale più idonea a rappresentare l'attuale fase di vita dei « Quaderni » fosse quella che ora appare. Essa vede la Direzione formata da un comitato di otto membri, affiancato da un più largo Comitato scientifico. Al primo spetterà di progettare il lavoro, di vagliare preliminarmente le proposte di collaborazione intorno a temi rilevanti, di sollecitare a sua volta, di consentire un contributo costruttivo al Comitato scientifico, riunendolo per discutere i nodi tematici più impegnativi.

Con maggiore elasticità di presenze, questo secondo Comitato riunirà, tra i collaboratori più vicini ai « Quaderni », non soltanto coloro che si sono dimostrati disposti a darle un apporto continuo, ma anche studiosi che, pur non praticando terreni di indagine strettamente storiografici, sono interessati al contatto tra storiografia e altre « scienze umane ». Pertanto, non è forse un caso che i direttori — benché abbiano differenti interessi e orientamenti — possano essere definiti degli « storici » in senso stretto, mentre non è così per tutti i componenti del Comitato scientifico.

Naturalmente una lettura della nuova redazione in chiave di geografia accademica non potrebbe sintetizzarne gli indirizzi, che dovranno risultare soprattutto dal concreto lavoro svolto e dalla sua capacità di coinvolgere, come curatori o collaboratori dei diversi fascicoli, sempre nuove singole individualità o gruppi di studio già formati in ambiti disciplinari vicini e lontani. E si confermeranno o smentiranno della capacità di seguire, con approssimazioni via via aggiornate, quelle tematiche di storia delle società moderne — anche nel loro riferimento col mondo contemporaneo o con società più antiche e diverse — che formano l'interesse prevalente della rivista.

Quaderni storici

Appendice n. 4

MUTAMENTI NELLA PROPRIETA' E DIREZIONE
DECISI NEL 1983-84
(1984, N. 55, PRIMO DELLA « NUOVA SERIE »)

Con questo fascicolo Sergio Anselmi lascia la direzione. Egli intende così formalizzare una divergenza d'opinioni sull'indirizzo attuale della rivista che egli stesso illustra nella lettera che segue. Lo salutiamo con rammarico; noi stessi eravamo consapevoli del suo crescente dissenso, ma speravamo che fosse componibile nel coro a più voci della direzione.

Poiché inoltre il suo disaccordo, gradualmente maturatosi nel corso degli ultimi anni, riguarda il diverso profilo assunto dalla rivista rispetto alla impostazione iniziale dei Quaderni Storici delle Marche e dei Q.S. prima serie — alla fondazione dei quali Sergio Anselmi contribuì in modo determinante insieme ad Alberto Caracciolo e Renzo Paci —, nella sua qualità di comproprietario della testata egli ha voluto che nella immagine attuale e futura della rivista vi fosse testimonianza di questo mutamento. È per questo che la testata sarà da oggi distinta dalla dicitura « nuova serie ». Per il lettore, la « novità » di questi Quaderni storici può dunque risultare fortemente postdatata, consistendo proprio nella continuità di indirizzo rispetto agli anni in cui s'è formato il gruppo redazionale attuale, che con questa « nuova serie » ha rilevato la proprietà della testata costituendo in Bologna nel febbraio 1983 la « Nuova Associazione Quaderni Storici » ad iniziativa di Alberto Caracciolo, Carlo Ginzburg, Edoardo Grendi, Giovanni Levi, Carlo Poni, Raffaele Romanelli e Pasquale Villani.

MARIO BRETONE

Sul rapporto fra storiografia e scienze sociali non si è certo sorvolato, nel corso di questa discussione, e anch'io vorrei insistervi un poco. Mi soffermo sul momento teorico della ricerca, non per fare del bovarismo storiografico (secondo la frase di Sbriccoli), ma perché non voglio indulgere a quella forma di civetteria che consiste nel non chiamare le cose col loro nome. Quando parlo di teoria, intendo però una riflessione funzionale alla ricerca empirica e in grado di guidarla; penso a metodi, a problemi, a griglie interpretative, a schemi e modelli che si legano strettamente alla ricerca empirica.

La domanda che Max Weber poneva al centro della sua sociologia giuridica e religiosa, era questa: perché abbiamo il capitalismo in Occidente? « È una domanda », avvertì Karl Jaspers, « che vuole comprendere nel senso più alto l'esistenza contemporanea ». Per darle una risposta, Weber ha insistito sul diritto come ordine stabile necessario per una organizzazione economica di un certo tipo. È un punto che anche Talcott Parsons ha accolto e messo in particolare luce. « Il moderno capitalismo industriale razionalmente organizzato ha bisogno », scrive Weber, « come dei mezzi tecnici calcolabili, così anche di un diritto calcolabile e di un'amministrazione secondo regole formali ». Il « diritto calcolabile » è un carattere costitutivo della civiltà occidentale di derivazione greco-romana. Esso opera come « una macchina razionale », una « *technisch rationale Maschine* ». Per comprendere il funzionamento di questa macchina non era possibile, secondo Weber, fermarsi alla storia del diritto nell'Europa medievale e moderna, ma era necessario risalire indietro nel tempo, almeno sino all'esperienza arcaica romana. Sono note le pagine che egli dedica alla giurisprudenza pontificale, e alle tecniche degli antichi giuristi-sacerdoti, i quali per primi individuarono gli

aspetti formali dell'esperienza giuridica, alimentando un modo di pensiero che avrebbe condizionato fortemente la tradizione successiva. Una frase è molto importante. « Sotto questo influsso sacerdotale la giustizia avrebbe potuto facilmente assumere, nonostante la codificazione delle XII Tavole, un carattere analogo a quello che derivò al diritto musulmano dall'attività consultiva del muftī islamico, cioè un carattere sacralmente vincolato e irrazionale ». Perché ciò non sia accaduto, è appunto un problema.

Weber considera, dunque, la razionalità giuridica una caratteristica fondamentale di una cultura determinata. Mentre Weber sviluppava questa riflessione nel primo e nel secondo decennio del nostro secolo, in un altro ambiente, quello francese, maturava un altro indirizzo storico-sociologico, che è estraneo a quello weberiano, ma che considera egualmente il diritto come un fenomeno sociale decisivo. Più che a Émile Durkheim, penso alla sua scuola; penso a Marcel Mauss e soprattutto a Louis Gernet, che Le Goff ricordava stamattina⁽¹⁾. Proprio Gernet ha insistito, come nessun altro forse tra gli antichisti, sul diritto come un momento autonomo dell'esperienza, come una funzione sociale da non intendere in modo esteriore: « un sistema di rappresentazioni, di abitudini mentali e di credenze ». Il durkheimismo di Gernet appare corretto secondo la lezione di Ignace Meyerson. La sua è una posizione di estrema rilevanza, sulla quale è forse necessario ancora un attimo fermarsi. Quando si parla di autonomia del diritto bisogna bene intendersi. Il diritto è autonomo nel senso che è una funzione distinguibile da altre funzioni sociali; e nel senso che non riflette in modo meccanico e speculare le situazioni socio-economiche (su questo punto ha molto riflettuto anche Weber). Ma autonomia del diritto non vuol dire affatto che debba essere « autonoma », chiusa in sé stessa, la sua comprensione storica. La domanda storiografica corretta è, invece, perché il diritto si presenti come una realtà autonoma.

(1) Ho avuto occasione di occuparmi della ricerca di Gernet nello scritto *Funzione giuridica, differenze, variazioni, Studi storici* 25, 1984, pp. 65-74.

Come si vede, in ambienti diversi della cultura europea si è discusso a lungo, e in modo profondo, sul diritto come fenomeno storico-sociale. Perché allora il dialogo fra storici e storici del diritto sembra oggi così difficile? È probabile che il grande patrimonio di idee che ci è stato tramandato, non sia stato sufficientemente approfondito da parte nostra. Ecco perché io parlavo della necessità di non abbandonare il piano teorico. Ma, a parte questa osservazione generale, individuerei due ragioni più specifiche: una all'interno della storiografia giuridica e l'altra all'interno della storia sociale. Per quanto riguarda la storiografia giuridica, penso ai limiti di un'impostazione in senso « dogmatico ». Una storiografia giuridica orientata dogmaticamente (come mera storia di dogmi e di istituti) è, come tale, prigioniera del suo stesso tecnicismo, rinuncia a porre, intorno al suo oggetto, domande che non siano solo tecniche⁽²⁾. Ma c'è un punto sul quale porre l'accento anche per quel che riguarda la storia sociale. Io non credo che si possa invocare come criterio esplicativo e risolutivo il concetto di totalità senza problematizzarlo. Vedo nel concetto di totalità, adoperato con fiducioso ottimismo e senza le nuances di un Febvre o di un Bloch, un pericolo di estrema confusione. Problematizzando il concetto di totalità, gli storici della « *histoire totalitaire* » troverebbero forse, per loro conto, una strada verso la storiografia giuridica.

Concludo richiamando appunto Marc Bloch. « Dopo tutto, per restar fedeli alla vita nel costante intreccio delle sue azioni e reazioni, non è assolutamente necessario pretendere di abbracciarla tutt'intera, con uno sforzo di solito troppo vasto per le possibilità di un solo studioso. Nulla di più legittimo, e spesso di più salutare, che l'incentrare lo studio di una società su uno dei suoi aspetti particolari, o, meglio ancora, su uno dei problemi precisi sollevati da questo o quello di tali aspetti: credenze, economia, struttura delle classi o dei gruppi, crisi politiche ... ». Perché non aggiungere (Bloch non lo avrebbe certo impedito) il

(2) Ho affrontato questa difficoltà, come meglio potevo, nella relazione su *Il diritto romano fra « storia dei dogmi » e storia sociale*, *Sociologia del diritto* 9, 1982, pp. 183-203 (= *Alle origini della sociologia del diritto*, a cura di R. Treves, Milano 1983, pp. 183-203).

diritto? « Lo storico », egli scriveva ancora, « non esce mai dal suo tempo; ma per una oscillazione necessaria... egli vi considera ora le grandi ondate di fenomeni imparentati che attraversano, da parte a parte, la durata, ora il momento umano in cui quelle correnti si rinserrano nel possente nodo delle coscienze ». Ecco, questo richiamo a un rinserrarsi dei fenomeni « nel possente nodo delle coscienze », è un avvertimento che la storia sociale e quella giuridica, nel loro difficile dialogo, non dovrebbero mai perdere di vista.

CLAUDIO PAVONE

1. Io parlo qui come cultore di studi storici soprattutto nel campo dell'età contemporanea. Proprio in questa mia situazione ho visto con molto interesse l'iniziativa del Centro diretto da Grossi di riporre sul tappeto la questione del rapporto, nella contingenza attuale non troppo felice, fra dimensione giuridica e ricerca storica. Si può trovare una conferma molto empirica di questa situazione nella composizione di coloro che hanno risposto all'appello. Mi sembra infatti che abbiano risposto molto di più i giuristi e gli storici del diritto, categorie fra le quali è aperta una antica, specifica, *querelle*, che gli storici *tout court*.

Questa difficoltà di dialogo mi pare si riscontri anche nella relazione di Violante, che si presenta come divisa in due parti: la prima parte è soprattutto una rassegna degli studi storico-giuridici italiani degli ultimi tempi, accurata ma con qualche tendenza all'appiattimento dei valori (non è risaltata, ad esempio, la differenza di statura fra Francesco Calasso e alcuni degli altri studiosi di cui è stato fatto il nome); la seconda parte mi è sembrata invece quasi la proposizione della personale filosofia del diritto del relatore, da inquadrare in una filosofia della pratica di tipo crociano, della quale il diritto non è che un settore. L'obiettivo principale che Violante avevo posto al suo discorso, quello cioè di definire il posto che alla dimensione giuridica spetta nella ricerca storica, è così rimasto in ombra.

Ho avuto poi l'impressione — ma anche in questo caso potrei sbagliare — che l'introduzione ai lavori svolta da Grossi abbia assunto un tono un pò troppo difensivo, quasi che si dovessero rivendicare i titoli che rendono ingiustificata la esclusione dell'apporto dei giuristi fatta dalla recente storiografia, in particolare da quella delle *Annales*.

2. Fatta questa premessa, e chiedendo scusa per il carattere slegato delle osservazioni che seguiranno, comincerei col dire che bisognerebbe ricondurre il problema (uno almeno dei suoi aspetti) alla separazione, avvenuta fra la fine del secolo scorso e i primi decenni del secolo attuale, fra le scienze sociali e la storia. È allora che si è verificata una rottura epistemologica altrettanto importante di quelle richiamate testé dal prof. Aiello. È quello il momento in cui viene a rompersi anche il rapporto fra diritto e storia, che era stato buono almeno nel corso della cultura romantica (ma anche in precedenza), quando il diritto aveva affacciato esso stesso la pretesa di presentarsi quale una sorta di scienza globale della società. Come, con accento critico, rilevò Umberto Borsi in un saggio del 1914, gli scrittori di diritto amministrativo, fino ai primi anni dopo l'Unità, si soffermavano

sui più svariati fenomeni della vita sociale, come la religione, la morale, l'amor patrio, eccetera [...]. Frequente è la commistione dell'elemento giuridico con l'elemento economico, la quale si riflette in un troppo intimo avvicinamento del diritto amministrativo all'arte del buon governo [e] sposta i confini logici di questo diritto⁽¹⁾.

Quello che è il ben noto processo di formalizzazione della scienza giuridica verificatosi in Italia a partire dagli ultimi anni del secolo può dunque essere visto nel quadro generale della autonomizzazione delle singole scienze sociali. In questo quadro i rapporti storia/diritto hanno però qualcosa di specifico sotto vari punti di vista.

Innanzitutto, il fatto che in un recente passato questi rapporti, come ho appena ricordato, fossero stati buoni, e comunque non rinnegati, avrebbe potuto far pensare che l'incontro, anche nel nuovo contesto culturale, sarebbe stato più facile fra i giuristi e gli storici piuttosto che fra gli storici e i cultori di discipline che sorgevano proprio in quel torno di tempo anche in poemica con le pretese onni-

⁽¹⁾ U. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, in *Studi Senesi*, XXX (1914), pp. 209-57. Sulla importanza di questo saggio richiamò l'attenzione M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Saresani*, XVIII (1940), pp. 133-219, poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-274 (con una postilla).

comprehensive della storia. Non solo questo non è accaduto, ma è accaduto addirittura il contrario, che è poi il motivo che ancora ci induce a organizzare riunioni come quella di oggi.

I padri fondatori delle scienze sociali mostrano in verità una grande ricchezza di cognizioni sia storiche che giuridiche, proprio mentre gli storici e i giuristi cominciano a voltarsi orgogliosamente le spalle (lo schematismo di queste mie osservazioni mi costringe a prescindere da un fenomeno rilevante, ma non decisivo, quale fu la storiografia di scuola economico-giuridica). Per fare un solo esempio, si pensi all'importanza che in *La divisione del lavoro sociale* di Durkheim ha l'analisi dei sistemi delle regole giuridiche a sanzione repressiva e a sanzione restitutiva. Di contro, ecco come un giurista delle nuove leve orlandiane, Ferracciu, giudicava, stendendone il necrologio, un maestro della vecchia generazione, Domenico Zanichelli, che si era dedicato anche a studi su Cavour ed era stato corrispondente dall'Italia della « *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* » (2):

Appassionato cultore qual'era degli studi storici e politici, Egli tentò di fondere i due criteri, lo storico-politico ed il giuridico, nella trattazione di quella scienza, che non potè mai rassegnarsi a considerare e raffigurare come esclusivamente rivestita di carattere giuridico: ma, nella voluta compenetrazione si vide inconsciamente attratto ad assegnare un incontestabile predominio ai criteri di natura non propriamente o punto giuridica. Epperò giurista, nel senso attribuito da quei moderni cultori di diritto pubblico che tendono di preferenza a studiare ed indagare con criteri tecnici il lato puramente formale del diritto, Egli non fu; né tale poteva essere, data l'indole del suo temperamento mentale e dei tempi, e delle condizioni d'ambiente in cui si sviluppò e si maturò la sua cultura » (3).

Le recenti ricerche sulla nascita in Italia della scienza dell'amministrazione e sulla sua prematura scomparsa sotto i colpi del trionfante formalismo giuridico hanno richiamato l'attenzione su un fenomeno che ben si iscrive in quello di cui stiamo discorrendo (4).

(2) Traggio queste informazioni da un articolo, in corso di pubblicazione, di Francesco Bonini sulla storia costituzionale italiana.

(3) A. FERRACCIU, *Domenico Zanichelli e la sua opera scientifica*, in *Studi Senesi*, XXV (1908), pp. 313-32 (cit. da Bonini: cfr. nota precedente).

(4) Mi riferisco soprattutto a C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *Giuristi e*

Possiamo trarre una ulteriore riprova dal confronto fra il Digesto, il Nuovo Digesto e il Nuovissimo Digesto italiani. Le voci del Digesto italiano (il primo volume fu pubblicato nel 1884), non solo quelle specificamente storiche ma anche quelle che trattano di singoli istituti, hanno grande ricchezza di informazione storica, che caso mai prende talvolta con troppa disinvoltura la rincorsa dal Medioevo, dall'antica Roma, dai Babilonesi, ma che comunque dimostra operante la convinzione che prima di cominciare a parlare del diritto positivo bisogna ripercorrerne la genesi. Invece, dalle voci del Nuovo e del Nuovissimo Digesto italiano questo ricco sottofondo storico è pressoché scomparso.

Bisognerebbe pertanto partire dal punto di vista che è stato il diritto stesso che per primo ha subito una scissione al suo interno, separandosi non solo dalla storia in generale, ma dalla sua stessa storicità, consegnata alle cure esclusive di un gruppo di specialisti. Nelle sue *Pagine introduttive* ai « Quaderni fiorentini » Paolo Grossi partiva proprio dalla constatazione della separazione verificatasi fra giuristi e storici del diritto, che recitano entrambi improduttivi monologhi « ostentando una reciproca sordità e incomprendimento », e compiacendosi gli uni di « arditi esercizi di logica astratta », invocando gli altri « i riti misterici della erudizione »⁽⁵⁾.

Dato per scontato che la storia non si identifica con la erudizione, resta il difficile discorso relativo alla astrazione e alla formalizzazione logica, operazioni senza le quali — lo ricordava ieri anche il prof. Sbriccioli — non si fa nessun tipo di scienza. Dal punto di vista del lavoro storiografico il problema è come da una astrazione si passi ad un'altra astrazione. Quello che gli storici, certe volte un po' frettolosamente, hanno rimproverato non tanto al diritto, ma proprio alla storia del diritto (e gli storici del diritto più avvertiti potranno ben dire alla cattiva storia del diritto) è questa specie di implicita assunzione della partenogenesi degli istituti giuridici, questa visione asettica (alla quale non c'è ricchezza di erudizione che possa porre rimedio), secondo la quale gli istituti giuridici mutano e si evol-

scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato, prefazione di S. Cassese, Marsilio, Padova, 1981.

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Pagine introduttive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1972), pp. 1-4.

vono essenzialmente per cause intrinseche e per autonoma dinamica. Quando quella particolare pratica disciplinare che è la storia del diritto, costretta com'è a rivendicare la propria autonomia sui due fronti e della storia e del diritto, viene concepita in questo modo, si può comprendere come il ricercatore di storia rimanga insoddisfatto e quasi deluso nel non trovare un ausilio di cui pur avverte la necessità. Accade così che uno storico, soprattutto uno storico della società contemporanea, abbia oggi più cose da imparare da un giurista « dogmatico » che da uno storico del diritto.

Vorrei, in questo ordine di idee, citare una pagina di un intellettuale che fu insieme eminente giurista e grande storico (ma non era uno « storico del diritto »: e forse per questo il suo nome non è ancora comparso in questo convegno). Mi riferisco ad Arturo Carlo Jemolo, al quale si deve questa ferma dichiarazione:

È mio vecchio convincimento che le leggi, anche quando hanno aspetto e contenuto eminentemente tecnico, rivelino con sufficiente chiarezza l'ambiente politico nel quale hanno preso vita; anche una legge sulle dogane e sulle acque, nelle garanzie che darà o negherà ai cittadini, nel modo col quale regolerà i rapporti tra questi e l'Amministrazione, vi dirà se sia formata in una regime liberale od in uno autoritario. Chi abbia un occhio sufficientemente esperto, dalla lettura di un qualunque volume della « Raccolta delle leggi e dei decreti » rimane illuminato sul colore del regime politico »⁽⁶⁾.

Jemolo assume qui essenzialmente il punto di vista di uno storico politico; ma gli storici sociali potrebbero ugualmente far tesoro di queste sue riflessioni. Si pensi altresì all'uso di una grande varietà di fonti giuridiche che, in un contesto culturale tanto diverso da quello italiano, seppero fare due indagatori della coeva realtà della Germania nazista quali Neumann e Fraenkel.

La frattura fra storia e diritto è stata così profonda che, quando la storia si è vista costretta a ridefinire sé stessa in base all'aggressivo irrompere delle scienze sociali che sembravano falciarle l'erba sotto i piedi, con particolare intraprendenza nel settore di ricerca

(6) A.C. JEMOLO, *Continuità e discontinuità istituzionale nelle vicende italiane dal 25 luglio 1943*, in *Atti dell'Accademia nazionale dei Lincei. Rendiconti*, classe di scienze morali, storiche e filologiche, CCCXLIV, serie 8ª, vol. II, fasc. 3-4 (marzo-aprile 1947); ora, a cura di F. Margiotta Broglio, in *Nuova Antologia*, CXX, fasc. 2153 (gennaio-marzo 1985), pp. 34-41.

dedicato alla società contemporanea, essa si è accostata più alla sociologia, alla politologia, all'antropologia che al diritto. Sono stati caso mai alcuni giuristi che, insoddisfatti dell'isolamento della loro disciplina, hanno in questi ultimi anni mostrato un rinnovato interesse per la storia, anche se, come ha detto una volta Rodotà, lo hanno spesso fatto limitandosi ad inserire nelle loro trattazioni qualche pagina trascritta dai testi di storia così come da quelli di economia, di sociologia, di scienza politica. Questa difficoltà della storia a riaccostarsi al diritto è forse dovuta anche al fatto che il livello di formalizzazione raggiunto dalla sociologia e dalla politologia, per quanto ostentato in maniera molto forte e talvolta fastidiosa, è ancora notevolmente inferiore al rigore formale che è patrimonio acquisito della scienza del diritto. Pertanto la modellistica socio-politologica, per quanto a sua volta alle prese con grossi problemi di definizione di sé stessa in rapporto al divenire storico, ma forse proprio per questo, è apparsa più contigua alla storia della scienza giuridica, chiusa nel suo lucido e collaudato rigore.

3. Vorrei ora accennare a qualche punto che riguarda in modo specifico la storia della società contemporanea. C'è in primo luogo da rilevare l'allontanamento che si è prodotto fra il livello degli studi dove, come abbiamo visto, storia e diritto si separavano, e il livello delle *res gestae*, dove si è assistito a una progrediente giuridicizzazione della società civile e, dentro di essa, ad uno spostamento dal polo privato al polo pubblico. I giuristi se, come scienziati, si impegnavano a dare veste quanto più possibile formale e valutativa alla propria disciplina, nello stesso tempo non rinunciavano alla loro antica funzione di consiglieri del principe. Nella veste rammodernata di ingegneri istituzionali (per riprendere la espressione testé usata anche dal prof. Aiello), i giuristi hanno fatto sentire la loro presenza in varie direzioni, ad esempio in quella di contendere alla libertà contrattuale molti spazi ad essa tradizionalmente riservati. Il diritto come scienza si separava così anche dalla prassi seguita in molti campi da coloro che ormai sogliono chiamarsi gli operatori giuridici; e questo avveniva proprio mentre si ampliava il territorio del loro operare.

Anche a questo riguardo può essere utile rammentare le motivazioni che avevano tentato di sostenere la nascita in Italia di una

scienza dell'amministrazione. Nella prefazione al già ricordato libro di Mozzarelli e Nespor, Cassese riporta questo significativo brano (1875) di Giovanni De Gioannis Gianquinto:

Queste utilità della vita, nel mondo odierno dei popoli civili, non consentono si possa esser perfetto giureconsulto col solo studio delle Pandette o dei Codici: egli ha d'uopo di associarvi le discipline politiche, gli studi di economia sociale, di statistica, di pubblica amministrazione, e di finanza (7).

Coloro che hanno indagato sullo stato della pubblica amministrazione in Italia ben conoscono del resto il problema dello iato fra cultura giuridica di scuola, che costituisce ancora il bagaglio essenziale della formazione dei funzionari, e i compiti ai quali di fatto i funzionari sono chiamati.

Dal punto di vista della ricerca storica sulla società contemporanea l'ampliarsi della regolamentazione giuridica conduce a porsi in modo notevolmente diverso di fronte a molti problemi tradizionali. Prendiamo ad esempio il caso dell'assistenza. Mentre nel secolo XIX convivono un sistema legislativo piuttosto ridotto (anche se leggi come quella sulle opere pie sono fra le più complicate e farraginose) e un largo spazio dato alla mutualità operante all'interno di gruppi sociali omogenei, quando, nel secolo XX, l'assistenza diventa erogazione *ad hominem* di un servizio pubblico, il tessuto sociale e giuridico di cui lo storico deve tener conto muta profondamente (basti pensare alla differenza fra una società di mutuo soccorso e l'INPS o l'INAIL). La ricerca storica deve saper mettere a frutto anche gli strumenti che offre il diritto nel valutare queste oscillazioni e contaminazioni fra pubblico e privato.

4. Ieri Sbriccoli ha parlato del diritto incartato che sta negli archivi. Mi è sembrata una definizione molto appropriata. In effetti quella grossa porzione di fonti a disposizione della ricerca storica che sono le fonti archivistiche hanno connaturata in sé una mediazione giuridica con i fatti sociali e politici, mediazione di tipo

(7) Cfr. la *Prefazione* a C. MOZZARELLI, S. NESPOR, cit., p. 7. Alle pp. 62-63 i due autori citano a loro volta un brano di analoga ispirazione di C.F. Ferraris (1878).

normativo, amministrativo, giudiziario, privato. Come scrisse Tocqueville,

Nei paesi in cui l'amministrazione pubblica è già potente, nascono poche idee, desideri, dolori, si incontrano pochi interessi e passioni che presto o tardi non si mostrino a nudo davanti ad essa. La visita ai suoi archivi non dà soltanto l'esattissima nozione dei suoi procedimenti, ma ci rivela interamente il paese ⁽⁸⁾.

Il contatto di lunga data fra gli archivi e la storia del diritto, soprattutto la storia delle istituzioni, è una conferma del ruolo ineliminabile del « diritto incartato ». Per la storia contemporanea, e per la parte più recente della storia moderna, manca peraltro quella dottrina mediatrice, di confine, che i medievisti si sono costruita con la diplomatica. Una diplomatica dell'atto moderno è forse, a rigore, improponibile. Mi sembra peraltro che il problema meriterebbe di essere discusso proprio in un incontro fra storici e giuristi.

5. Nella relazione introduttiva Grossi ha ieri posto il problema della compromissione del diritto col potere, rivendicando, se ho ben compreso, una possibile purezza del diritto di fronte al potere. Ho già accennato sopra alla funzione dei giuristi quali consiglieri del principe. Ora vorrei aggiungere che, proprio in base a quanto può insegnare la ricerca storica, bisognerebbe ampliare il discorso tenendo conto dei due aspetti del diritto, evidenti soprattutto dal momento in cui si sono affermate le società liberali ottocentesche. Il diritto appare infatti insieme strumento del potere (e questa credo sia proprio una sua dimensione ineliminabile) e strumento di difesa dal potere (gran merito della borghesia di ispirazione liberale-garantista fu di comprendere che era bene diffidare del proprio stesso potere). Nell'affrontare lo studio della società contemporanea lo storico dovrebbe porsi il problema di quando fra queste due facce dell'armamentario giuridico si crei equilibrio e quando invece una delle facce (in genere, quella di strumento del potere) prevalga sull'altra.

(8) A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, Longanesi, Roma, 1942, pp. 24-25.

6. Vorrei ancora ricordare che nella ricerca storica ci si imbatte talvolta in movimenti che nascono carichi di forte soggettività collettiva antistituzionale e che sviluppano poi una interna dinamica che li porta a giuridicizzarsi e a istituzionalizzarsi. Sul piano della dottrina giuridica si potrà constatare che, quando il fenomeno è compiuto, ci si trova di fronte a un nuovo ordinamento; e ancora una volta si potrà invocare Santi Romano e la sua teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Sul piano della ricerca storica, mi sembra invece che si apra a questo riguardo un problema di grande rilievo che è stato segnalato da Lucien Febvre.

Febvre infatti richiamò l'attenzione sul processo attraverso il quale le emozioni si costituiscono in « vero e proprio sistema » e « diventano come un'istituzione » ⁽⁹⁾. Questo è certo uno dei passaggi più difficili ma anche più affascinanti da cogliere per chi si dedica alla ricerca storica. Vorrei fare un esempio molto lontano da quelli cui pensava Febvre.

Le bande partigiane, le quali all'inizio della Resistenza nascono spesso con una forte carica di rottura contro l'assetto istituzionale e gerarchico esistente, poco alla volta tendono per molte ragioni a ridarsi una struttura istituzionale interna: per regolare con un minimo di prevedibilità i rapporti fra i propri membri, per necessità militari, per la forza assunta dalle ideologie politiche come elemento di coesione, per garantirsi la sopravvivenza senza rischio di confusione con banditi e grassatori (l'avallo del sistema istituzionale complessivo dei CLN fu al riguardo essenziale). Ci furono alcuni che da questo processo sentirono garantite le loro iniziali e fondamentali emozioni, altri invece che le sentirono tradite.

Questo mi sembra un esempio contro la partenogenesi giuridica cui sopra ho accennato criticamente. È un esempio che contiene altresì l'invito a ricordare come la comprensione del dato giuridico e istituzionale, come del resto di qualsiasi altro dato, possa essere soddisfacente solo se si esca dal « testo » e ci si riferisca anche al « contesto ».

⁽⁹⁾ Cfr. L. FEBVRE, *Come ricostruire la vita affettiva di un tempo: la sensibilità e la storia*, in *Problemi di metodo storico*, Einaudi, Torino, 1976, p. 124.

LEANDRO PERINI

MICHELET, LES ORIGINES DU DROIT FRANÇAIS
E IL PASSAGGIO DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA

Ho a lungo esitato prima di decidermi a definire il tema del mio intervento in questo incontro promosso dal vitale e vivace Centro di Studi, e mi son risolto poi a toccare brevemente e in superficie un tema che fu caro ad uno storico chiamato spesso in causa dalla « nuova storia » (come era accaduto, seppur con minor frequenza, alla storiografia delle « Annales ») — Jules Michelet — ripercorrendo la genesi, il contenuto e gli sviluppi di un libro rimasto, per così dire, negli interstizi della sua attività e testimone, per l'appunto, di una fase particolare della sua vita e del suo pensiero — quella medievale, romantica e cristiana: intendo, cioè, parlarvi delle *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, che ieri mattina sono state pertinentemente richiamate da Jacques Le Goff. Un'opera parzialmente non sistematica, aperta (un « quadro » da completare), che Michelet non riprese mai più e che non riempì: circostanza questa che fa sì che il libro rinnovi sempre i suoi appelli suggestivi, ancor oggi, non solo agli storici del diritto, e preluda, come anticipazione che possiede qualcosa dell'intuizione poetica, a taluni orientamenti attuali di studi che hanno come fondamento la storia.

Si legge nei *Rois thaumaturges* di Marc Bloch che il 31 maggio 1825, Carlo X di Borbone aveva posato, per l'ultima volta in Europa, la sua mano sulle piaghe degli scrofolosi a Reims ⁽¹⁾. L'even-

(¹) Cfr. M. BLOCH, *I re taumaturghi*. Studi sul carattere sovranaturale attribuito alla potenza dei re particolarmente in Francia e in Inghilterra. Con una prefazione di C. Ginzburg e un Ricordo di Marc Bloch di L. Febvre, tr. it., Torino, 1973, pp. 312-315.

to storico passò allora senza lasciar tracce sul ventisettenne Jules Michelet e lo stesso possiamo dire di altri avvenimenti di pochi anni posteriori non meno significativi, seppur di segno opposto, che indicavano, questa volta, non la sopravvivenza estenuata di una antica prerogativa regale, ma il ridicolo deperimento della istituzione monarchica francese — vogliamo dire il soggiorno temporaneo di Luigi Filippo d'Orléans nel Palais Royal il cui pianterreno, come osservava divertito un poeta tedesco da poco trasferitosi a Parigi, era occupato da un venditore di salsicce (2).

Una specie di « neutralità » verso la monarchia sembra aver ispirato Michelet non solo all'indomani della prima e della seconda Restaurazione, ma anche della Monarchia di Luglio. Il principio stesso della regalità non sembra averlo, in gioventù mai attirato (3). E ciononpertanto, passando nel 1830 dalle Tuileries al Palais Royal, Michelet conservò senza scosse la sua posizione di professore delle principesse di sangue, cui aggiunse la carica di caposezione degli *Archives nationales* che gli mise a disposizione quelle fonti documentarie senza le quali, forse, egli non avrebbe mai scritto l'*Histoire de France* (4). Troppo immerso nelle vicende della storia moderna e nella filosofia della storia universale, Michelet aveva avuto ben poche occasioni per osservare da vicino il nucleo genetico e storico delle istituzioni monarchiche. Ma quando tra il 1833 e il 1837, attraversando l'« oscura foresta » e la « notte poetica » del Medioevo francese, Michelet si arresta a definire i caratteri della Francia, il suo divenire nazione, opponendo la Francia al mondo della feudalità europea e al mondo in genere, allora, e solo allora, troviamo le seguenti osservazioni — di origine libresca la prima, archivistica la seconda — che rinviano finalmente al principio della regalità:

« Nos rois modernes, qui ne descendent pas des dieux, comme les rois et chefs barbares, n'ont pas puissance sur la nature, et ne répon-

(2) Cfr. H. HEINE, *Rendiconto parigino (1831-1832)*. Introduzione, traduzione e note di P. Chiarini, Bari, 1972, p. 31.

(3) Cfr. J. MICHELET, *Ma jeunesse*, Paris, 1884⁵, p. 192.

(4) Così G. MONOD, *La vie et la pensée de Jules Michelet 1798-1852*, I, Paris 1923, pp. 181-183; J. LE GOFF, *Michelet et le moyen âge aujourd'hui*, in *Oeuvres complètes*, ed. P. Viallaneix, IV, Paris 1974, pp. 45-47.

dent pas de ses phénomènes. Mais, par la vertu de leur sacre, ils ont, comme oints du Seigneur, une puissance curative; ils ne préservent pas, ils guérissent. On sait avec quel succès le roi de France touchait les écrouelles. Les autres royaumes, dit le bon Mathieu, ont bien eu de pareilles grâce gratuitement données, mais elles n'ont pas duré. Les rois d'Angleterre guérissaient l'épilepsie, ceux de Hongrie le jaunisse, ceux de Castille les démoniaques. Les rois exercent un autre pouvoir, un pouvoir tel que Dieu lui-même n'en a point un pareil, celui d'annuler, de supprimer le temps. Charles VIII dit dans ses lettres de pardon au duc d'Orléans: A l'égard du temps que le duc peut avoir passé en Bretagne avec l'armée qui marchait contre les troupes du roi, lequel temps nous déclarons non avoir eu cours... » (5).

Potere guaritore, potere sul tempo, dunque. Il passo compare nelle *Origines du droit français* (1837) che costituiscono una tappa singolare ed originale nella elaborazione della « nuova » (6) storiografia di Michelet. Essa nasce dall'incontro e dal dialogo con la cultura europea pre e postrivoluzionaria. In primo luogo con quella storico-giuridica italiana, il Vico della *Scienza Nuova*: « nuova » — nella interpretazione che ne dava Michelet — perché « sociale », che ricerca nella società la possibilità di ricondurre l'infinita varietà di azioni, di pensieri, di costumi e di lingue ad una forma scientifica. Essa è, secondo Michelet, filosofia e storia dell'umanità (7).

In secondo luogo con le più recenti conquiste della cultura linguistica anglo-franco-tedesca a cavaliere tra il XVIII e il XIX secolo, cioè col sanscrito che, dimostrando scientificamente già da tempo sospettate parentele tra la lingua dell'Asia centrale e quelle che l'Europa aveva parlato o ancora parlava, schiudeva sconfinati orizzonti lungo i quali sembrava di scorgere, oltre alle parentele di

(5) J. MICHELET, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, in *Oeuvres complètes*, III, 1832-1839, ed. P. Viallaneix, Paris 1973, p. 709.

(6) Sebbene si tratti di questione ancora controversa, sono personalmente incline, tuttavia, a vedere nel *Discours sur le système et la vie de Vico* (1827) la comparsa dell'ispirazione e aspirazione ad una storiografia sintetica, organica e quindi nuova.

(7) Così J. MICHELET, « Avant Propos » alle « Oeuvres choisies de Vico », in *Oeuvres complètes*, I, 1798-1827, ed. P. Viallaneix, Paris 1971, p. 280.

idiomi, anche modelli originari di credenze mitologiche, religiose e filosofiche⁽⁸⁾. Era un salto nel tempo ben altrimenti vertiginoso di quello fatto compiere alla cultura europea dagli umanisti del '400 e del '500 che avevano, lacerando il velo del latino, mostrato le sembianze genuine dei loro antenati greci. Ma col sanscrito si credeva di essere arrivati all'*origine* delle civiltà. Quel che dalla scoperta del sanscrito venne accentuato ed esaltato (non direi creato, giacché il secolo XVIII è ricco di orientamenti siffatti in molti campi della scienza) fu il comparativismo, tanto più universale, quanto più « originaria » sembrava la civiltà rivelata dal sanscrito. Si forgiava così una catena non solo linguistica che si chiamò alternativamente e quasi contemporaneamente « indogermanica » e « indoeuropea »⁽⁹⁾. Qui, in relazione a Michelet, un nome vale per tutti; quello di Eugène Burnouf, l'editore delle *Lois de Manou*⁽¹⁰⁾.

In terzo luogo con la storiografia giuridica tedesca e *in primis* con Jacob Grimm. Il dialogo con Grimm data dal 1828, all'indomani del viaggio di Michelet in Germania: è il Grimm autore dell'*Über den altdeutschen Meistergesang* e degli *Altdeutsche Wälder* a guidare sapientemente il nostro storico attraverso la foresta del variopinto, simbolico medioevo popolare tedesco, coi suoi gridi di caccia, le domande-risposte degli artigiani vaganti, con la lingua dei bracconieri-banditi. Voci, colori, miti la cui scelta antologica fa spicco nelle note del primo lavoro storico originale di Michelet, l'*Introduction à l'histoire universelle* (1831).

Jacob Grimm — credo non sia esagerato affermarlo — ha rivelato al Michelet l'archetipo del medioevo europeo: la Germania medievale dove, sorprendentemente, dopo un lungo cammino di secoli e di spazi, tornano a rivivere rapporti sociali e forme espressive rivelatrici di rapporti e forme tali che sembravano essere

(8) In questa opera di riconoscimento gli idealisti tedeschi si sarebbero trovati, come scrive Madame de Staël nel suo libro *De l'Allemagne*, avvantaggiati sugli altri per l'affinità delle opinioni.

(9) « Indo-european » (1814), « indogermanisch » (1823).

(10) Cfr. E. BURNOUF, *Introduction à l'histoire du Bouddhisme indien*. Deuxième édition rigoureusement conforme à l'édition originale et précédée d'une notice de M. Barthélemy Saint-Hilaire sur les travaux de M. Eugène Burnouf, Paris, 1876.

state superate, se non annullate nel lungo viaggio dell'affrancamento progressivo della libertà umana. « La Germania è l'India in Europa »: con questa espressione iperbolica dell'*Introduction*, Michelet voleva suggerire l'analogia che il rapporto uomo-uomo (dedizione) e uomo-natura, adombrato nelle formule giuridiche e nelle figurazioni letterarie medievali, presentava al paragone con l'India. Nello stesso linguaggio simbolico medievale germanico sembrava al Michelet di ritrovare la sostanza stessa del rapporto in cui l'uomo si trovava all'inizio della civiltà: l'uomo che non si è ancora separato dalla natura, ma vi è immerso e parla con le parole della natura, attingendovi i suoi simboli. E qui arriviamo al quarto degli interlocutori di Michelet, Georg Friedrich Creuzer e alla sua *Symbolik* verso la quale la filosofia, il metodo e il linguaggio vichiano lo trascinarono irresistibilmente.

Più volte si è cercato di rispondere al quesito del rapporto tra il simbolismo e il romanticismo. R. Firth che ha ripreso la questione è incline a pensare che « vi fossero una quantità di fili disparati: lo studio dei classici, l'interesse per la filologia, la passione per i nessi storici e culturali, la curiosità per il funzionamento della mente, le esplorazioni filosofiche e estetiche, tutto in un contesto d'indole più speculativa e avventurosa che prima »⁽¹¹⁾. Il simbolico era per Creuzer — come compendia Firth — la radice di ogni espressione immaginativa: in quanto mezzo di chiarificazione, i simboli contribuivano, per la loro multilateralità, a illuminare gli aspetti anche più oscuri del rapporto tra spirito e materia. Direttamente interrogato il Creuzer risponderebbe che il simbolo è l'idea stessa resa sensibile e personificata⁽¹²⁾; è la lingua della natura⁽¹³⁾ e la sua fonte è l'alleanza esterna e segreta dell'animo con la natura⁽¹⁴⁾; è il rapporto intimo e misterioso della natura con l'uomo⁽¹⁵⁾. Combinato con l'evoluzionismo ciclico di Vico, il simbolismo consentiva a Michelet di cogliere, nelle forme espressive

(11) R. FIRTH, *I simboli e le mode*, tr. it., Bari 1977, p. 85.

(12) F. CREUZER, *Religions de l'antiquité, considérées principalement dans leurs formes symboliques et mythologiques*, ed. rifusa e completata da J.D. Guigniaut, I.1, Paris 1825, p. 30.

(13) Ibidem, p. 31.

(14) Ibidem, p. 32.

(15) Ibidem.

esterne, il ritmo evolutivo dell'umanità. L'importanza del simbolismo, soprattutto nel diritto romano antico era, se non una scoperta, certo una forte affermazione di Savigny che l'aveva contrapposta all'astrazione del diritto moderno incompreso e incomprensibile, a differenza di quello romano, ai più. Michelet, però, non sembra partire dal polemico *Vom Beruf* del Savigny ed è piuttosto dal Vico che il nostro storico attinge, applicandola nella sua *Histoire romaine* (1831), l'idea che nel simbolo giuridico romano, come nel diritto primitivo in genere, l'umanità esprima il rozzo livello di sviluppo dello spirito, ma insieme anche il suo movimento: dall'idea materializzata e individualizzata, procedendo verso l'idea pura e generale, lo spirito racchiuso nell'immobile crisalide del simbolo si espande, rompe il suo involucro e il simbolo cade a terra⁽¹⁶⁾. Se Vico (e Gans) aiutarono (molto) Michelet a svelare il mistero dello spirito del diritto romano antico, fu Creuzer a confermare Michelet nell'idea che, oltre a quello giuridico, il simbolismo in genere fosse vincolato al mistero religioso delle origini.

Quando nel 1832 — dopo aver letto la *Poesie im Recht* che gli richiama alla memoria Vico⁽¹⁷⁾ — Michelet poté leggere i *Deutsche Rechtsalterthümer* (1828) di Grimm⁽¹⁸⁾, gli sembrò di aver trovato una guida per delineare una « sistematica » dei rapporti dell'uomo col diritto nell'età poetica, prima che la prosa e la logica giuridiche prendessero il sopravvento. E dove mai questa transizione era avvenuta nelle forme più evidenti? Nella Francia, che proprio allora il Michelet stava studiando nella sua fase cri-

(16) Cfr. J. MICHELET, *Histoire romaine*, I, Paris 1864⁴, p. 7.

(17) Cfr. J. MICHELET, *Journal*, I (1828-1848), ed. P. Viallaneix, Paris 1959, p. 56.

(18) Cominciò a studiarli nel 1832. Scriveva Michelet a Grimm nel maggio del 1836: « Personne en France, je le crois, n'a fait de ce livre une étude plus longue et plus consciencieuse. Il ne m'est guère sorti des mains depuis cinq années » (J. MICHELET, *Oeuvres complètes*, III, 1832-1839, ed. P. Viallaneix, Paris 1973, p. 582). La data della lettura dei *Deutsche Rechtsalterthümer* insieme al ricordo della folgorante impressione — analoga a quella di Vico — esercitata su di lui sono rimaste indelebilmente segnate nella memoria di Michelet che ancora nel 1868-69 le menzionava in una bella e ispirata autobiografia intellettuale riesumata, insieme a molte altre cose, dal maggiore studioso attuale del Michelet, P. Viallaneix (cfr. J. MICHELET, *Oeuvres complètes*, IV, ed. P. Viallaneix, Paris 1974, p. 38).

tica: quando, cioè, separatasi dalle forme universali della feudalità e della Chiesa, la Francia nel XIV secolo esce da questa indistinzione, gli Stati generali e il Parlamento prendono inizio o si regolarizzano, appare la borghesia nella rivolta di Étienne Marcel, appare il contadino nella *Jacquerie*. Uscita dalle ombre la Francia si presenta ora come « popolo », « prosa », spirito critico e « antisimbolico »⁽¹⁹⁾.

In realtà, per Michelet, il diritto francese presentava una limitata varietà di rapporti col simbolismo e con la poesia: nonostante le attente ricerche nei vocabolari, nonostante la lettura in controluce delle *Coutumes*, nonostante l'esplorazione di cronache cittadine, racconti, *fabliaux* ecc., il diritto francese gli appariva come un diritto che non aveva mai prodotto quella esuberante vegetazione simbolica che, invece, presentava il diritto germanico. Tuttavia, per quanto circoscritto nel suo impiego, il simbolismo giuridico mostrava una sua vitalità anche nella Francia medievale. Tanto per richiamare qualche esempio, Michelet intendeva per simbolo il *gesto* (come il tatto o il getto) che simbolizza l'acquisizione, l'*azione* (come la cavalcata) che simbolizza la presa di possesso da parte del re del suo regno, i *colori* che esprimono l'appartenenza ad un rango, ad un gruppo sociale o ad una categoria funzionale, o il *luogo* (la porta aperta, il crocicchio) dove avveniva il passaggio di *status*, come l'affrancamento ecc.

Viaggio infinito quello che Michelet intraprese per stabilire nelle *Origines* i rapporti tra il diritto francese e il diritto universale: fino ai limiti in cui al suono delle antichità giuridiche germaniche raccolte da Grimm — che sono le vere pietre di paragone di tutto il libro — rispondeva un'eco sempre più lontana, dall'Indo all'Irlanda, dai tempi del *Rig Veda* sino ai suoi⁽²⁰⁾. In questo viaggio Jacob Grimm fu la sua vera guida, il suo « ramo d'oro »⁽²¹⁾.

(19) Cfr. J. MICHELET, « Préface de 1837 » al III volume dell'*Histoire de France*, in *Oeuvres complètes*, V, ed. P. Viallaneix, Paris, 1975, p. 39.

(20) Cfr. J. MICHELET, *Origines du droit*, cit., pp. 604-605; IDEM, *L'héroïsme de l'esprit*, in *Oeuvres complètes*, IV, cit., p. 37.

(21) Cfr. J. MICHELET, *L'héroïsme*, cit., p. 37.

Due caratteristiche, però, distinguono le *Origines* dai *Recht-salterthümer* (22). La prima, più evidente, è la disposizione della materia: mentre Grimm passa tematicamente dal ceto alla famiglia, dalla proprietà al contratto, dal crimine al tribunale, dopo una introduzione in cui tra l'altro si elencano i simboli del diritto, Michelet concepisce arditamente una « biografia giuridica » (23) dell'uomo, che culmina nell'uomo medievale, mostrandolo successivamente dentro e dietro i rapporti giuridici, simbolicamente espressi, dalla nascita alla morte, passando attraverso la famiglia, la proprietà, lo Stato, la guerra, i tribunali, la vecchiaia e la morte. In particolare osservando il libro III — « Lo Stato » — vediamo la struttura gerarchica feudale — dal re ai vassalli, ai servi — muoversi, vivere dentro e dietro la simbologia degli atti giuridici. Per quanto sia difficile fornire qui un quadro dettagliato dell'architettura dell'opera, basterà segnalare che i singoli libri possiedono un interno movimento: in quello dedicato allo Stato, per esempio, passando dalla regalità divina nella sua massima espressione (dominio sulla natura: Messico) al servo, troviamo al termine del lungo viaggio il servo affrancato e il servo fuggitivo: gli antenati della « borghesia » (24).

La seconda caratteristica differenziale, meno evidente, è il diverso atteggiamento di Michelet davanti al Medioevo. Se, come abbiamo accennato, le *Origines du droit français* stanno in stretto rapporto con l'*Histoire de France* (il terzo volume comparve contemporaneamente alle *Origines* nel 1837), il loro significato e il loro valore andranno definiti anche in base a questa connessione. Ebbene, dopo che Jacques Le Goff ha finemente distinto il « bel medioevo » del 1833 dal progressivo allontanamento di Michelet dal Medioevo (25), ci è più facile abbozzare quest'opera di identificazione e di correlazione. In una nota della « Vorrede » ai *Deutsche*

(22) Da coreggere, perciò, il giudizio di G. Lefebvre secondo il quale il libro sulle *Origines du droit français* non sarebbe altro che una trasposizione dell'opera di Grimm (*La storiografia moderna*, tr. it., A. Mondadori, 1973, p. 188).

(23) « Biographie juridique de l'homme » è la formula di Michelet: *Origines du droit français*, cit., p. 606.

(24) J. MICHELET, *Origines*, cit., pp. 709-769.

(25) J. LE GOFF, *Michelet et le moyen âge*, cit., p. 54.

Rechtsalterthümer, Jacob Grimm, replicando agli elogiatori e ai detrattori del medioevo, scrive:

Al discorso sul diritto del più forte e sul feudalesimo non ci sarà alcuna fine, come se il presente non dovesse sopportare nessuna miseria né ingiustizia, o se accanto ai dolori degli uomini di un tempo non vi fosse assolutamente stata alcuna gioia; più correttamente vide Möser, *Patr. Ph.* 1, n. 54. Qui, semplicemente riguardo ai rapporti giuridici, io credo che la servitù e la schiavitù del passato fossero di molto più leggere e piacevoli, dell'esistenza oppressa dei nostri contadini e dei salariati di fabbrica; l'odierno aggravamento al matrimonio per i poveri e per i servitori impiegati confina con il servaggio; le nostre ignominiose prigioni sono una pena peggiore della pena corporale della mutilazione di un tempo. Fino all'abolizione della pena di morte la nostra cultura non si è potuta assolutamente sollevare. La rozza antichità la conosceva quasi solo per viltà e furto, poiché questi delitti erano apertamente aborriti. In luogo delle sue penitenze personali abbiamo delle pene spietate, in luogo dei suoi colorati simboli abbiamo pile di atti, in luogo delle sue sentenze presto trovate, annosi processi, in luogo dei suoi tribunali a cielo aperto, fumose stanze di scritture, in luogo dei censi in capponi e delle uova di carnevale viene l'anonimo pignoratore a spremere le imposte in ogni stagione. Le figlie ereditano come i figli, le donne non sottostanno all'antica tutela, ma casse vedovili obbligatorie curano quante mancano del necessario e pagano pensioni; non si è guadagnato nulla. La personalità individuale, la vigorosa amministrazione domestica dell'antico diritto, si è coperta di monotona opacità⁽²⁶⁾.

La posizione di Michelet verso il Medioevo è, nelle *Origines*, più cauta rispetto al Grimm. Michelet guarda bensì con nostalgia alle belle e giovani forme del diritto, così come un uomo maturo ripensa ai bei giorni della sua giovinezza, ma, virilmente, non rimpiange nulla. Pur essendo affezionato al suo Medioevo, Michelet lo guarda con la lente del progresso; nota solo che nel medioevo, grazie al simbolo, il progresso — ecco il grande principio direttivo di Michelet — si compiva con lentezza e gravità⁽²⁷⁾. Quando il simbolismo fu distrutto dal calvinismo (una eco del

⁽²⁶⁾ J. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, I, Darmstadt, 1965, pp. XVI-XVII: riportiamo la traduzione italiana che si trova in P.H. STAHL-M. GUIDETTI, *Le radici dell'Europa*. Il dibattito ottocentesco su comunità di villaggio e familiari, Milano 1979, p. 43.

⁽²⁷⁾ J. MICHELET, *Origines*, cit., p. 648.

Creuzer)⁽²⁸⁾, la logica del diritto assunse un andamento precipitoso.

Le *Origines* non ci dicono quando in Francia ha fine l'età simbolica. Esse ci avviano solo a capire che l'efficacia del simbolo fu, in Francia, minore che altrove e che il diritto romano e il giurista-teologo Calvino contribuirono alla dissoluzione della poesia giuridica, inaugurando l'era della prosa austera del diritto. È nel terzo volume dell'*Histoire de France* che Michelet risponde alla domanda. In Francia la dissoluzione del simbolismo coincide con la formazione dello Stato: un esercito di giuristi, già dai tempi di Filippo il Bello, tesse una tela di ragno, partendo dal Re e dal Parlamento, che distrugge le giurisdizioni feudali. Questa macchina che col suo movimento complesso sostituisce i mille movimenti naturali e semplici del governo feudale, costa cara e solo il denaro può darle l'impulso. Si entra così nell'età dell'oro — forma superiore di ricchezza secondo Michelet — e del fisco. L'oro, dice Michelet con espressioni allusive e simboliche, dopo essere rimasto a lungo nascosto in forma di *thesaurus* sotto il drago della Colchide, delle Esperidi o dei Nibelunghi, viene risvegliato, come ai tempi di Alessandro Magno, di Cartagine e di Roma, e intronizzato nel secolo XIV al posto di Dio: Filippo il Bello espulse i preti dai suoi consigli sostituendoli con i banchieri. Due fiorentini, Biccio e Musciatto Franzesi, diventano ministri. Lo Stato, e con esso il diritto romano, l'oro e il fisco distruggono la sfera naturale nella quale fino allora gli uomini, l'uomo, ha vissuto insieme ai suoi simboli. Un'epoca nuova si inaugurava in Francia⁽²⁹⁾. Episodio simbolico della distruzione del simbolismo in Francia è per Michelet il processo ai Templari⁽³⁰⁾.

Abbiamo finora seguito Michelet che si allontanava dal medioevo. Facciamogli fare un passo ancora, fino a ritrovarlo nel pieno Rinascimento, quando l'uomo ritrova se stesso, quando per i legisti, la luce comincia a splendere sul caos discorde delle vecchie consuetudini. Lucien Febvre ha ricostruito in un celebre articolo

(28) F. CREUZER, *Religions de l'antiquité*, cit., p. 123.

(29) J. MICHELET, *Oeuvres complètes*, V, ed. P. Viallaneix, Paris 1975, pp. 58-59; 88-89.

(30) *Ibidem*, p. 133.

le circostanze personali che provocarono in Michelet l'invenzione della « Renaissance », in particolare, secondo un processo a lui consueto di « chimica morale »⁽³¹⁾, quando egli riscoprì l'amore. Ma i grandi cambiamenti sono sempre preceduti da impercettibili mutamenti. Febvre ne indicava uno, curioso: il modo di vestire « più borghese » del 1838 rispetto a quello del 1828-29, quando Michelet insegnava storia alla principessa Luisa⁽³²⁾. Peccato che tra i due termini cronologici non ci siano noti altri particolari sull'abbigliamento di Michelet. Per parte mia vorrei segnalare un altro mutamento, dimenticato, che rese più rapido il distacco di Michelet dal Medioevo. Fino agli anni '40 — se non ho visto male — Michelet è stato un viaggiatore di diligenze: viaggio in Italia, in Germania, in Inghilterra. Se dobbiamo credere alle pagine di *Ma jeunesse*, vi sarebbe stato addirittura un rapporto diretto tra i mezzi di locomozione usati da Michelet (a piedi o in diligenza), la conoscenza della Francia e il risveglio della sua vocazione storica per il medioevo⁽³³⁾. Il movimento *lento* avrebbe favorito in Michelet l'affinarsi di quella particolare percezione e di quella sensibilità dalle quali sarebbe scaturito il « bel medioevo ». Apriamo ora il suo *Journal* all'agosto del 1841 e leggiamo: « Je disais hier, sur le chemin de fer, ou j'étais emporté si vite: Tout a péri pour moi: l'antiquité, le Moyen Age; je me sens profondément moderne, en ce moment. La contemplation des monuments, la spéculation rêveuse, tout cela n'a plus de sens »⁽³⁴⁾. Al posto dell'antichità, del medioevo, la rapidità del mezzo di comunicazione nuovo mette ora in primo piano i luoghi in cui « les grands in-

(31) L. FEBVRE, *Come Jules Michelet inventò il Rinascimento*, in *Studi su Riforma e Rinascimento e altri scritti su problemi di metodo e di geografia storica*. Tr. it. di C. Vivanti. Prefazione di D. Cantimori, Torino, 1971², pp. 435-445. Il passo autobiografico sulla « chimica morale » (p. 440, n. 1) lo si legge ora in forma integrale in J. MICHELET, *Journal*, I (1828-1848), ed. P. Viallaneix, Paris, 1959, p. 362.

(32) L. FEBVRE, *Come Jules Michelet*, cit., pp. 437-38.

(33) J. MICHELET, *Ma jeunesse*, cit., p. 268.

(34) J. MICHELET, *Journal*, I, cit., p. 364. Aveva scoperto la ferrovia in Inghilterra nel 1834, fra Manchester e Liverpool, col nome di « railway » (*Journal*, I, p. 151), l'aveva incontrata nuovamente come « chemin de fer » tra Lovanio e Anversa nel 1837 e poi ancora nel 1840 fra Bruxelles e Liegi, mentre intorno cresceva il rumore dei motori (battelli a vapore).

térêts des crises modernes se sont compliquées, les points d'articulation où ces grandes choses se sont agencées et nouées ... Londres, Amsterdam, Vienne »⁽³⁵⁾.

Fu così — almeno mi è sembrato — che Michelet, lasciato alle spalle il « bel medioevo » con i suoi simboli, la sua regalità taumaturgica e dominatrice del tempo, sognato al ritmo lento dei passi o a quello più veloce della diligenza, fu lanciato dal nuovo mezzo di locomozione verso lo studio dell'età moderna con le sue città capitali e i suoi grandi uomini d'azione, da Luigi XIV a Napoleone.

Se è vero che la teoria dei simboli giuridici in Michelet è ancora da mille fili legata al movimento romantico e distinta dalle più recenti, seppur non conclusive, teorie che collegano i simboli ai fattori sociali, Michelet, mi pare, ebbe il merito di delimitare, nell'insieme del fenomeno simbolico, una dimensione storica del diritto espresso in simboli e di aver poi indicato in un complesso di fattori ora culturali, ora politici ora di economia, gli agenti modificatori di una delle forme più significative ed essenziali di vita e di espressione degli uomini del medioevo.

Potremmo mai dire, con certezza, di aver saputo ricavare una lezione da un autore? Per mio conto, credo di poter dire che dall'esperienza storiografica di Michelet, fortemente segnata dalla sensibilità personale, venga un insegnamento che può, che potrebbe avere un valore più generale: la storiografia nasce dal dialogo con tutte le scienze che hanno per oggetto l'uomo nel suo essere (e nel suo essere divenuto) e si conquista, più o meno rapidamente, nuovi punti di osservazione del passato a mano a mano che le condizioni presenti di esistenza mutano: sempre diversa, eppur sempre identica a se stessa nell'esplorare l'avventura dell'uomo.

(35) Ibidem, p. 364.

CORRADO VIVANTI

Mi ha colpito, nel dibattito di ieri, scorgere come, nonostante quello che è stato spesso ripetuto in questi ultimi anni sull'esigenza di avviare ricerche e studi interdisciplinari, sussistano in realtà, fra discipline vicine e tradizionalmente portate a collaborare, come storia e diritto, quei « murs mitoyens » di cui Lucien Febvre deprecava tanto tempo fa la sopravvivenza in ambiti complementari. Ha senza dubbio ragione Alberto Caracciolo quando, riferendosi all'esempio della storia economica, ha rilevato come la collaborazione fra discipline diverse — in questo caso fra storia ed economia — abbia senso soltanto se gli studiosi fanno propri i meccanismi interni dei due campi di studio e non si limitano a una mera giustapposizione o, peggio ancora, lavorano come se una disciplina dovesse fornire i materiali e l'altra elaborarli. Per parte mia, però, non mi sento di spingermi a considerazioni generali di metodo: preferisco soffermarmi brevemente su un caso particolare, che può offrire spunti per la riflessione sul tema di questo Convegno.

Il rapporto esistente fra le origini dell'umanesimo e il mondo dei giuristi del Medioevo italiano è stato da tempo messo in luce (da Sabbadini a Weiss) ed è stato già ripetutamente sottolineato l'apporto recato dall'interpretazione dei testi dell'antico diritto a quelle indagini storiche e filologiche su cui si è fondata la nuova cultura. Poiché le fonti di potere dei Comuni erano costituite soprattutto dagli strumenti notarili e dall'elaborazione dei glossatori, le peculiarità istituzionali e politiche contribuirono a promuovere la cultura giuridica, che è senza dubbio uno degli elementi di caratterizzazione della vita intellettuale italiana del tempo. Può essere interessante rilevare l'analogia fra questo fenomeno italiano e la grande fioritura culturale francese del Cinquecento.

Nel momento della crisi degli Stati italiani assistiamo a una « translatio » dell'iniziativa umanistica: con Crinito, potremmo

ripetere « quasi Musarum secessus ». La vicenda sembra quasi simboleggiata dalla figura di Andrea Alciato, l'allievo di Giason del Maino e di Filippo Decio, che ad Avignone e a Bourges diede un contributo innovatore agli studi umanistici, a cominciare da quel *De verborum significatione*, che per tanti aspetti può legittimamente richiamarsi alla *Miscellanea* di Poliziano. Alla scuola dell'Alciato, come a quella di Cujas, di Hotman, di Baudoin, il diritto romano e le istituzioni statali non sono astrattamente avulse dalla storia, ma studiate come prodotti del tempo, strettamente connesse agli sviluppi della società. Grazie ai procedimenti e ai metodi della filologia umanistica, introdotta in Francia nei primi anni del Cinquecento dal Budé, l'interpretazione giuridica diventa uno strumento per la conoscenza del passato, ma anche per capire il dramma che vive la Francia dopo la morte di Enrico II e lo scatenarsi delle guerre di religione. La ricerca di un'identità nazionale, di un legame profondo fra la tradizione culturale più specificamente francese e la realtà politica appare come un'esigenza primaria per salvare l'integrità del regno dalle lotte intestine, e a tale compito si accinge un nutrito gruppo di giuristi, espressione di un terzo stato in ascesa, con opere che cercano di gettare luce sul passato anche più remoto del paese. I problemi della società, nei suoi aspetti talvolta quotidiani, che proprio lo studio del diritto abitua a conoscere, spinge quei dotti a esaminare e a ricercare non solo la « grande » storia, ma anche le tradizioni popolari, la vita letteraria, le trasformazioni della lingua, i cambiamenti avvenuti nelle istituzioni, i nuovi problemi aperti allora dalle scoperte geografiche. Per radicare nella vita nazionale della Francia le strutture politiche che le lotte religiose e civili mettono in forse, appare necessario a quei giuristi il recupero di una memoria collettiva, che viene individuata nella memoria storica. J. Le Goff ha osservato (*Enciclopedia Einaudi*, vol. 8, p. 1069) che « i fenomeni della memoria, sia nei loro aspetti biologici, sia in quelli psicologici, altro non sono che i risultati di sistemi dinamici di organizzazione ». Se è lecito estrapolare questo principio ai fenomeni della memoria collettiva, possiamo arrivare a comprendere meglio la vitalità di quel « sistema dinamico di organizzazione » che è stata la società civile francese del Cinquecento, nonostante le aspre lotte intestine e la disfatta subita nel duello

con gli Asburgo. Basti pensare non solo alla rapida ripresa che la Francia conoscerà non appena saranno cessate le guerre civili, ma anche — nel pieno deflagrare di queste — alla straordinaria fioritura culturale che vede il rinnovarsi della poesia e della lingua con l'opera di Ronsard e della *Pléiade*, e trova nuove espressioni di pensiero morale e politico con Montaigne, Charron, Bodin.

Nasce al tempo stesso, proprio in questi anni, una nuova storiografia. La narrazione cronachistica è abbandonata, le vicissitudini dinastiche e i racconti delle battaglie e delle guerre dei re sono lasciate da parte, e a cominciare dal 1560 le *Recherches de la France* di Etienne Pasquier — il discepolo di Alciato, di Cujas, di Hotman — mostrano come la realtà storica di una nazione si fondi sui problemi corposi della vita sociale. Vi è in quest'opera lo sforzo di individuare momenti essenziali del passato in un recupero dello spessore plurisecolare della vita francese, intesa nell'arco lungo che va dall'antichità preromana (la civiltà di quella che viene chiamata « la république gauloise ») fino a tutto il medioevo. Negli anni in cui la crisi del regno mette in luce l'esigenza di dare un fondamento anche temporale alla nazione francese, Pasquier elabora quella che oggi Eric Hobsbawm chiamerebbe « l'invenzione della tradizione » per trovare nelle istituzioni della Gallia un'assise ai grandi corpi politici, come i Parlamenti, che — accanto alla monarchia e alla pari con essa — danno un'individualità allo Stato.

Mentre nell'Italia del Cinquecento l'interesse e la passione civile, da cui erano state nutrite la critica e la riflessione storico-politica della grande stagione umanistica, vanno esaurendosi, quegli studiosi del diritto, in un contesto culturale ben altrimenti impegnato nella vita nazionale, danno nuovo slancio alla ricerca storica, arricchita di contenuti e obiettivi fino allora trascurati. La critica storica, mettendo in luce le stratificazioni del retaggio giuridico, arriva ad approfondire la conoscenza del nesso esistente fra diritto e società. Non importa qui rilevare le differenze fra la tesi « romanista » di Budé e di Alciato, quella « germanista » di Du Moulin o di Hotman, e quella « gallica » di François Connan: essenziale è il metodo comune di ricerca, che nello studio del diritto come in quello della storia sa avvalersi delle fonti

letterarie e dei dati archeologici, della numismatica, della sfragistica, delle iscrizioni, al fine di cogliere nella sua globalità il passato e ampliare i campi di osservazione. I centri del nuovo sapere sorgono così intorno alle cattedre di diritto di Bourges, di Tolosa, di Orléans, di Valence, e la nuova storia nasce dall'intrecciarsi di diritto romano e di diritto consuetudinario, di storia delle istituzioni e delle magistrature, di tradizioni locali e nazionali.

Senza soffermarci qui nell'impossibile esame di una produzione imponente, basterà accennare ancora una volta a un confronto con la situazione italiana. Che cosa significasse ai fini non solo dello sviluppo culturale, ma anche di un dibattito intellettuale libero e vivace, il nuovo indirizzo degli studi fiorito in Francia lo capiva Paolo Sarpi quando a un amico parigino scriveva quasi invidioso: « Isthic parlamenta habetis, seminaria sanae doctrinae: nobis nulla sunt ». E a mostrare la differenza, narrava un aneddoto, capace di illustrare l'aberrazione a cui portava lo studio del diritto avulso dalla storia. All'inizio della contesa dell'interdetto di Venezia vi fu chi asserì — scrive — che « la libertà di questa repubblica ... è più antica di qualsiasi decreto pontificio sull'esonazione degli ecclesiastici. Tale eccezione, da uno dei professori dell'università di Padova, fu bollata con questa censura: è dottrina eretica ritenere recenti i canoni dei pontefici romani, perché sempre la Chiesa fu governata in base ad essi. Essendogli stato obiettato che tutti i decreti dei pontefici sono indicati con i nomi dei loro autori e che del pari si conosce, grazie alla storia, in quale tempo ciascuno è vissuto, ... rispose che è peste e rovina delle leggi voler ricorrere alla storia » (Paolo Sarpi a Jacques Leschassier, 13 maggio 1608, in P. Sarpi, *Lettere ai gallicani*, a cura di B. Ulianich, Wiesbaden 1961, p. 12).

Lo studio del diritto fondato sulla mera conoscenza dei testi, senza tener conto del loro contesto culturale e politico provocò allora guasti profondi. Nell'ambito del diritto ne derivò la sua sterilizzazione e la sua riduzione — come ha ricordato Paolo Grossi — a instrumentum regni; per quel che riguarda la storiografia, privata da questo divorzio di un campo di osservazione della realtà immediata, essa ritornò anche per questo a forme cronachistiche, riducendosi a quella che i nostri amici francesi chiamano « histoire bataille ».

BRUNO PARADISI

Avrei voluto soltanto ascoltare le molte cose interessanti che qui si dicono; e mi decido a dire qualcosa per il cordiale invito rivoltomi dal nostro ospite.

Comincerò dalla fine, cioè dalla stimolante relazione del Prof. Sbriccoli, che ci ha detto cose importanti sui problemi metodologici che riguardano la storia del diritto, pur facendo precedere la sua esposizione da una sorta di rifiuto della metodologia. Può darsi che questo sia stato un espediente oratorio. Ma può anche darsi che sia stato una sorta di pudore molto diffuso tra gli storici del diritto, ai quali la speculazione sulla metodologia è quasi sempre apparsa un'esercitazione inutile. Questo rifiuto è strettamente collegato a quello della filosofia, che quasi tutti i miei Maestri, anzi quasi tutti i Maestri dell'epoca nella quale io studiavo all'Università, respingevano con orrore. Questa era una manifestazione evidente del clima di isolamento nel quale la scienza giuridica viveva e che aveva anche la sua giustificazione nel rigetto delle generalizzazioni nelle quali erano caduti storici del diritto come il Lerminier. Ma la scienza giuridica italiana ebbe come modello soprattutto la scienza tedesca nel secolo scorso ed ancora per buona parte del nostro. Nonostante che la scienza giuridica in Germania nel secolo XIX giungesse all'«*isolierung*» della Pandettistica attraverso una lunga esperienza filosofica precedente, che contribuì a nutrire la ricca sua problematica, ma anche ad esaltare certi difetti di astrattezza, il rifiuto della filosofia da parte dei giuristi italiani è stata, nel secolo scorso ed anche in parte del nostro, una manifestazione di provincialismo culturale.

Parliamo dunque, senza remore, come in questo Convegno si fa, di metodologia. E prendiamo in questo a modello quanto la storiografia non giuridica ha sempre fatto e di cui offre esempi

illustri, ben consapevole che l'approfondimento degli scopi e dei metodi di una scienza è un contributo essenziale alla sua maturità. In una recente occasione ebbi modo di ricordare il senso di disagio profondo e quasi drammatico che un giovane educato negli studi classici provava, nella prima metà del secolo, quando iniziava un corso di giurisprudenza. Quel giovane non poteva ancora sapere che il dissidio tra due epistemologie, che risultava così traumatico, aveva radici antiche, era anzi un motivo ricorrente e quasi ineliminabile nella storia dell'attività intellettuale, che aveva le sue origini immediate tra una parte dell'umanesimo rinascimentale e la permanente tradizione del bartolismo europeo e della sua contestazione nell'ambito della scienza giuridica. Più vicino a noi, il rifiuto del giusnaturalismo, operato dalla Pandettistica, fu il rifiuto di una tradizione di pensiero nella quale diritto, filosofia ed umanesimo si erano andati mescolando in modo spesso disordinato ed oscuro. Il Pandettismo e la sua sistematica furono un raggio di luce che squarciò le nebbie precedenti; ma significò anche un progressivo allontanamento della speculazione giuridica dalla considerazione delle condizioni effettive che le norme, nutrite dalla scienza giuridica, dovevano regolare. Il disagio del giovane studente, che dalle labbra dei suoi Maestri raccoglieva le ultime parole del Pandettismo, era soltanto mitigato dalla presenza, tra le materie della Facoltà, della storia del diritto. Ed a poco a poco quell'antico studente, maturando la sua esperienza intellettuale, cominciò a capire che la storia del diritto non era soltanto una materia erudita, ma un elemento fondamentale per la formazione di una coscienza giuridica e per la stessa costruzione dell'edificio giuridico positivo.

Questa separazione così netta della materia giuridica dal resto del mondo mi sembrava nei miei giovani anni, e continuò ad apparirmi anche in seguito, come una posizione insostenibile. Che, come ha sostenuto una celebre dottrina di ispirazione kantiana, la logica del diritto si sviluppi con una propria coerenza è in via di principio accettabile, anche se non è sempre riscontrabile nella vita degli ordinamenti. Ma quella logica, che si sviluppa secondo i dettati della pura ragione, ha una premessa da essa inscindibile, costituita dalle condizioni effettive che il diritto è chiamato a regolare. Il rigore della ragione deve elabo-

rare dei dati reali e non può prescindere da essi, come un computer che debba elaborare i dati che gli vengono suggeriti.

Queste mi parvero le difficoltà che uno storico del diritto dovesse in qualche modo superare, e questi i nodi che dovesse sciogliere per raggiungere la pace della sua coscienza. Ed accanto a questi, e sulla sponda opposta, quelle difficoltà riapparivano in modo soltanto apparentemente paradossale nel pensiero neoidealistico italiano, che risolveva nella storia etico politico la storia giuridica e traduceva il diritto nell'economia, cioè nel grande coacervo delle attività pratiche.

Questa presa di posizione era del tutto naturale per un pensiero storiografico che si trovava di fronte al positivismo pandettistico. Il diritto era una pura forma; e la storia del diritto, come storia di una forma, era storia di un astratto, o se si vuole, la storia di un pensiero tecnico di nessun valore ai fini della rappresentazione della storia come storia dei fatti umani.

Quanto difficile fosse persuadere i seguaci di questo pensiero che la stessa speculazione giuridica era una definizione di fatti reali connessi alla vita umana e tale da incidere profondamente sul modo di essere di una civiltà, me lo dimostrò l'impenetrabilità di un Amico caro ed illustre di stretta osservanza crociana, con il quale, in un 'bistrot' nei pressi della Sorbona, discussi a lungo, ma inutilmente, delle idee da me esposte in una relazione tenuta in quella Università. Il mio contraddittore non riusciva a capire che la storia del diritto potesse essere qualche cosa di diverso e di più complesso della storia della legislazione; riecheggiando così, inconsapevolmente ma non senza un'interna coerenza, idee proprie dell'età dei lumi, lui che di quell'età era un così profondo conoscitore.

Questo accadeva trent'anni fa. Da allora un lungo cammino è stato compiuto e la storia del diritto è uscita a poco a poco dal suo isolamento e si è andata imponendo sempre più alla storiografia sociale e politica. Ciò non è avvenuto tuttavia senza difficoltà e contrasti, e fors'anche senza equivoci. Un illustre Amico, storico dell'antichità classica, spezzò una lancia contro la storia del diritto come « scienza autonoma ». Ed aveva ragione, se per tale autonomia si fosse intesa l'esistenza di quel giardino riservato, infine, di quell'isolamento che faceva riscontro a quello della

dogmatica pandettistica. Non avrebbe avuto ragione, però, se avesse voluto sottrarre alla storia giuridica il suo scopo essenziale e la sua funzione specifica, che è pur sempre quello di illustrare il diritto nella sua storicità, che val quanto dire il diritto e la speculazione intorno ad esso nel suo necessario rapporto di dare e di avere con la realtà della vita storica.

Io non sono peraltro sicuro che quel Maestro della storia antica abbia avuto questa seconda intenzione e non la prima. Sono invece certo che quest'ultima versione gli è stata attribuita di recente da un romanista molto intelligente, che ho la fortuna di vedere tra i miei gentili ascoltatori in quest'aula. Egli mi attribuisce la mortificante intenzione di difendere l'autonomia della storia del diritto non come quella che è imposta dal perseguimento di scopi specifici nel quadro complessivo della storia, ma come la difesa di una disciplina universitaria la cui esistenza non avrebbe alcuna rigorosa giustificazione. Confesso di non ritenere che le idee da me sostenute meritino una tale punizione, nel mentre vorrei chiedergli per quale ragione egli continui ad insegnare egregiamente una materia romanistica.

Quanto ho detto fin qui è a mio avviso una premessa necessaria per comprendere quanto è stato ieri vivacemente dibattuto in questa sede. Le Goff l'ha detto ieri molto bene: ci sono soltanto le storie particolari, di cui si compone, aggiungerei, un'ideale storia generale. Questa verità era del resto stata enunciata già da Benedetto Croce. Ciò che si deve perseguire è una storia del diritto che non sia indifferente agli altri aspetti della storia ma che connetta questi vari aspetti allo scopo di illustrare il diritto come fatto storico.

Che la storia del diritto abbia necessità di queste connessioni ideali risulta anche dal fatto che ciò che muove il diritto è da un lato la volontà politica, o meglio un'ispirazione etico politica che coinvolge anche quella volontà, e dall'altro la società alla quale il diritto stesso è destinato. Far corrispondere alla prima il diritto pubblico ed alla seconda il diritto privato sarebbe semplicistico ed in sostanza erroneo. Quando Le Goff afferma che diritto pubblico e diritto privato sono essi stessi dei fatti storici esprime un pensiero che corrisponde esattamente al mio. E, in quanto fatti storici, diritto pubblico e privato sono due categorie

i cui contenuti mutano e si scambiano tra loro. Ho espresso altrove questa mia convinzione e non voglio ora ripetermi. Mi limiterò ad affermare ancora una volta che si farà storia del diritto soltanto se gli schemi dogmatici verranno risolti nella dialettica della storia.

Voglio però ancora osservare qualcosa a tale proposito. In primo luogo occorre rilevare che la sociologia del diritto non va ancora una volta confusa con la storia del diritto. I suoi cultori, Habermas, Parson, Luhmann, Friedmann, per citarne soltanto alcuni dei più illustri, non si propongono di rappresentare lo svolgimento storico del diritto con tutte le sue implicazioni, ma di utilizzare il diritto allo scopo di illustrare le condizioni della società che vi si riflettono. A parte l'uso di una metodologia che non è quella della storiografia, non bisogna fare d'ogni erba un fascio.

In secondo luogo vorrei ancora una volta riferirmi a quella schematica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato alla quale poc'anzi ho fatto cenno. Il fatto che quei due concetti corrispondano a dei fatti storici non solo sottoposti a mutamento ma anche ad un reciproco scambio, non contraddice al diverso comportamento nel tempo che è proprio degli uni e degli altri. In altre parole, è noto che il diritto pubblico muta rapidamente per le sue connessioni con la vita politica, mentre il diritto privato è spesso così lento da dar quasi l'impressione dell'immobilità. Da ciò discendono molte conseguenze, la prima delle quali è che gli storici dei fatti politici, se sono ben disposti nei confronti della storia del diritto, ne prendono in considerazione soltanto l'aspetto pubblicistico. Accade perciò che la storia del diritto privato rimanga totalmente fuori dell'interesse degli storici non giuristi, che considerano quell'aspetto del diritto come un campo totalmente estraneo ed a loro precluso.

Questa circostanza è abbastanza strana se si pensi che oggi la storiografia ha rivolto la sua attenzione ai fatti sociali ed alle vicende dell'economia. La stessa Scuola delle Annales, la cui attività storiografica dà alla storia sociale ed economica una preponderanza assoluta, non rivolge la sua attenzione al diritto. È però interessante ricordare che uno dei maggiori rappresentanti della Scuola delle Annales, Fernand Braudel, ha parlato di una immo-

bilità, o quasi immobilità, della società, pur affermando l'essenziale dinamica della storia; ed ha poi enunciato il concetto del « lungo periodo », cioè degli svolgimenti storici la cui dinamica è quasi impercettibile.

Per quanto espresse a tutt'altro scopo, queste riflessioni dello storico francese corrispondono alle esigenze della storicizzazione del diritto privato. Una storicizzazione della cui necessità ed urgenza siamo più che mai convinti, ma che solleva molti problemi su cui riflettere. L'apparente immobilità degli istituti ha indotto gli storici del diritto privato a chiudersi nella considerazione della storia delle dottrine giuridiche, dimenticando il movimento della società sottostante. Per converso, l'acritica volontà di stabilire un nesso tra società e dottrine dogmatiche ha fatto dimenticare talvolta che lo svolgimento di queste consiste non di rado di una dialettica interna di natura puramente concettuale, senza alcun rapporto con le condizioni storiche generali che non siano quelle di una determinata cultura giuridica e dell'influsso che su di essa hanno potuto esercitare le correnti del pensiero non giuridico.

RAFFAELE AJELLO

I vari ed importanti contributi hanno espresso ieri una constatazione, comune, una difficoltà sentita: l'isolamento della componente giuridica rispetto alla cultura *tout court*, ha detto Grossi. E Le Goff: *divorce*, barriere anche accademiche. Sbriccoli: isolamento dei giuristi, loro insoddisfazione, o addirittura sclerosi, incomprensione reciproca dei vari settori; gli storici del diritto si chiudono in una fortezza che non è assediata.

Alla denuncia impietosa degli inconvenienti si accompagna una certa indulgenza per gli aspetti meramente deontologici. Grossi ha insistito sul diritto come valore. Ma è utile, oggi, tale approccio? Ossia, non viene a trovarsi fuori da questo modo di porre il problema il rapporto tra valori e fatti? La novità del pensiero giuridico moderno non è tanto nell'aver indicato nuovi valori fondamentali, quanto nell'aver voluto realizzare davvero la parte più sicura ed accettata dell'antica deontologia ufficiale, al di là di ogni ottimismo retorico e formalistico; ossia, innanzi tutto, nell'aver posto in prima linea il problema della corrispondenza effettiva, controllabile, tra valori e fatti. Ciò ovviamente ha comportato di rinnegare l'antico sistema della mediazione tra Stato e società. Quel meccanismo istituzionale e costituzionale aveva infatti, nel quadro dell'ancora imperante concezione organica del corpo sociale, rispettato i rapporti gerarchici e gli equilibri consolidati fra le parti — ossia fra le funzioni, i poteri, gli ordini, gli *status* — ed aveva attribuito una preminenza reale al ceto giuridico come interprete tecnico, ma patriarcale ed 'arcano', degli interessi collettivi e della loro disciplina. Fu necessario, dunque, scoprire il contenuto deontologico delle istituzioni, il significato assiologico dei fatti, per rendere meno astratta la dimensione dei valori. È un problema ancora aperto: innanzi tutto guardare al mondo qual è, e non quale vorremmo che fosse; e poi colmare,

per quanto possibile, il divario fra i due termini. Da Machiavelli a Spinoza, da Smith a Marx su questi temi si è cimentato il pensiero occidentale.

D'altra parte, il prevalere di visioni deontologico-formalistiche presso molti storici-giuristi non è casuale. Per forza d'inerzia nella storiografia del diritto tengono ancora fortemente il campo metodologie modellate sullo studio delle età antica e medioevale, e perciò anche in questo Convegno mi pare sia prevalente l'interesse per la continuità, per il lungo periodo, piuttosto che per gli aspetti dialettici, per le fratture. Si guarda ancora troppo a tutto ciò che non muta e che, in fondo, sarebbe « sostanza ». Bisogna, a questo proposito, non perdere di vista il pericolo di lasciarsi condizionare da un orientamento radicato in profondità millenarie: il prevalere formale delle deontologie astratte, schermo degli interessi reali e strumento assai equivoco ed approssimativo per realizzarli in concreto.

Non credo che Grossi cada in questo errore: anzi ne sono certo. E tuttavia mi è sembrato necessario indicare il pericolo, suscitare il dibattito e scegliere un interlocutore valido, tollerante ed amico, in questo utilissimo nostro incontro di studi del « Centro per la storia giuridica moderna », in cui però al centro sono stati il pensiero giuridico medievale e la storia medievale.

Violante ha spostato l'accento sulla soluzione opposta, direi quasi sul termine dialettico opposto. Ha ricordato Croce, il carattere meramente pratico del diritto, l'insoddisfazione per la storia giuridico-formale. Un punto di vista, quello crociano, che qui è stato richiamato anche dal professor Paradisi. Vorrei notare a questo proposito, pur senza indulgere a polemiche ormai invecchiate, che Croce, nell'insistere sulla dimensione autonoma della politica, nel rivalutare l'ispirazione machiavelliana e nell'appiattare il diritto sulla mera utilità, era sotto l'influenza di Labriola, utilizzava gli schemi marxiani prevalenti nei decenni della sua formazione, come ha dimostrato chiaramente Garosci in un bel saggio comparso sulla « Rivista storica italiana », come egli stesso ribadisce in un contributo agli *Studi in onore di Venturi* (èditi di recente), e come in uno degli ultimi numeri de « Il Centauro », da sponda opposta, efficacemente conferma Biagio De Giovanni. Con Croce, insomma, restiamo ancora di fronte agli effetti del-

l'ultima e della più radicale tra le *coupures épistémologiques* che il rapporto Stato-società, e quindi il diritto, hanno subito: la rivoluzione rappresentata dalla sinistra hegeliana; ossia da un movimento che reagì al pensiero 'ufficiale', èdito, autocensurato, di Hegel; che insomma si oppose alla più drastica e conseguente delle formule dettate dal più temibile dei governi autoritari nella fase acuta della Restaurazione. Da allora tanta acqua è passata sotto i ponti. La società ha acquisito strumenti assai efficaci per esprimersi e per colmare la sua lontananza, per superare la sua estraneità, rispetto allo Stato.

Ritorno per un momento a Le Goff. Molto opportunamente, in particolare alla fine della sua relazione, egli ha insistito sull'*histoire des cultures, des aires juridiques*, piuttosto che sulla storia del pensiero al singolare; un oggetto, quest'ultimo, che può apparire vicino all'antica idea di un'unica scienza, oggettiva, legittimata (più che ad interpretare) a sostituire le volontà e gli interessi sociali. In Italia siamo portati, adottando una formula diffusa da Capograssi, a parlare di storia delle esperienze giuridiche. Credo che questo termine non sia penetrato nella cultura francese, dove ha un suo spazio anche la storia delle mentalità. È importante, comunque, insistere, già nella scelta della formula, sulla pluralità sincronica dei livelli e dei punti di vista, oltre che delle aree. E tuttavia sono convinto che l'apertura verso la pluralità degli atteggiamenti non sia conciliabile appieno con gli interessi ancora prevalenti nella nostra storiografia giuridica, con il filologismo che esorcizza ogni aspirazione a collegare e capire, con la grande enfasi con cui si guarda al mondo medievale, dove certamente il pluralismo era una dimensione di mero fatto, ostile alla coscienza dei contemporanei. Non a caso la storiografia giuridica preferisce passare, *omisso medio*, dalla fase classica del diritto comune a Savigny ed al suo 'sistema'.

Più vicina a posizioni critiche mi pare sia la relazione di Mario Sbriccoli, quando insiste sull'«apertura della fortezza», sul «vagabondaggio delle discipline», insomma sulla necessità di ampliare l'analisi e di porsi problemi storiografici reali, per dare risposta ai grandi quesiti che una società ed una cultura in rapidissima trasformazione ci indicano. E così pure Le Goff, quando pone l'esigenza di una storia 'intera'. È, inoltre, da apprezzare

la franchezza, nei nostri convegni inconsueta, con cui i relatori hanno manifestato disagi reali e preoccupazioni diffuse.

Tuttavia ho l'impressione che, partendo dal constatare i malanni, si arrivi agli effetti auspicati senza indicare né la diagnosi né la cura. È necessario capire i motivi delle arcinote difficoltà, altrimenti ci si comporta come quei medici che, in un bel film di Rossellini, entrano nella stanza dove è morente Mazzarino e si prodigano soltanto nell'annusare; ripetiamo il comportamento degli stregoni e curatori d'altri tempi, specialisti in esorcismi; oppure ci avviciniamo al capezzale dell'ammalato senza far altro che pregare. Gesto, per alcuni, utile. Ma c'è tempo e luogo di farlo. Credo che, in un congresso scientifico, piuttosto che pregare, sia necessario pensare.

A questo punto sarebbe necessario esprimere una diagnosi: che, però, non è possibile documentare nei pochi minuti consentiti ad un intervento estemporaneo, tanto più in quanto mi pare che essa manchi non solo in questo convegno, ma nella storiografia giuridica. Eppure debbo provarci, sia perché ho assunto una posizione molto polemica, sia perché l'insoddisfazione sullo stato attuale degli studi storico-giuridici è, da opposti versanti, largamente condivisa. E proprio questo può essere lo spunto iniziale. Ci si dichiara insoddisfatti della situazione presente, ma si continua a guardare alle certezze medievali o pandettistiche come se potessero fornire ancora un rimedio, o ci si rifugia nell'asettica acribia filologica. La più grande delle *coupires épistémologiques* è ancora individuata nella Glossa e nella nascita del diritto comune come sistema, temi che attraggono ancora gli interessi prevalenti degli storici italiani del diritto.

Indubbiamente la Glossa costituì un'enorme frattura. Non è possibile dar inizio ad un qualsiasi corso di storia del diritto moderno se non di lì, se non si indica il nascere del tecnicismo e quindi del formalismo, se non si descrivono gli strumenti mediante cui il ceto giuridico ha conquistato le sue posizioni di potere, mediante cui ha organizzato la società, bene o male, per tanti secoli. Senza conoscere questo punto di partenza non si può fare la storia successiva. Tuttavia si dovrebbe parlare anche delle altre, numerose ed ancor oggi non sanate *coupires épistémologiques*. Mi proverò in sintesi a indicarne una più prossima

a noi, che siamo portati ad osservare non solo come professori ufficiali di storia del pensiero giuridico moderno, ma in generale, più umilmente e forse più utilmente, quali persone aduse a riflettere ed interessate a capire come siano andate in realtà le cose.

Per poter segnare subito i termini più rilevanti della svolta, direi che essa è nel passaggio dal momento in cui i giuristi si dichiaravano (salvo ad esserne più o meno convinti) *sacerdotes juris* a quello attuale in cui — come ha scritto e come continua a dire Massimo Severo Giannini — affermano di essere degli ‘ingegneri sociali’. Sono due modi di vedere assolutamente inconciliabili, e quindi è certo che un salto si verificò. Furono Valla e poi Machiavelli a testimoniare con maggior chiarezza che un mutamento era in corso. Ma ormai nelle grandi compagini statali gli apparati erano, in vario senso — sociologico, scientifico, ideologico —, già potenti, e non si prospettava all’orizzonte soluzione diversa (sul piano ideale, istituzionale, costituzionale, ma innanzi tutto teoretico e scientifico) che dar spazio a quel potere. La legittimazione fu data dal convertire il successo in titolo, il fatto in diritto, il consenso in ragione, l’essere in dover essere, ossia santificando gli assetti consolidati. Tale conversione fu favorita dal valore esemplare che anche per Machiavelli aveva il passato, e dalla precettistica in cui il pensiero del segretario fiorentino, tranne che in Inghilterra, prevalentemente si risolse. Certo è che, da Maynard a Molina, a Loyseau, i ministri, i togati delle grandi corti ed in genere i giuristi spesso e volentieri lasciavano credere in loro segrete facoltà, in ispirazioni divine, si dicevano *sacerdotes juris*, condannavano al rogo senza dire il perché (una procedura che sperimentò Giulio Cesare Vanini ad opera del parlamento di Tolosa), comminavano pene accessorie a chi si azzardava a chiedere i motivi, sostenevano che la *jurisprudencia* fosse *divinarum atque humanarum rerum notitia*. Gravina e Vico non la pensavano diversamente. Ed è importante che non erano soltanto i giuristi a postulare quel tipo di mediazione, e quindi quello schema costituzionale. Per restare nello stesso ambiente, a noi assai vicino, e per riferirmi a punti di vista da me accertati, due intellettuali e filosofi non volgari, Paolo Mattia Doria ed Antonio Genovesi, sostenevano tesi molto simili, configuravano nello stesso modo il rapporto Stato-società. Eppure — come tutti

sanno — l'uno era un grande aristocratico, l'altro un modesto ecclesiastico, il primo pensatore di orientamento platonico e pseudo cartesiano, il secondo filosofo illuminista ed economista.

Era, d'altra parte, possibile realizzare nei grandi Stati soluzioni che dessero alla base sociale maggiori garanzie? Pensare che in quelle ampie e complesse strutture sociali potesse ancora valere il diritto comune nella versione classica, qual è vagheggiata da alcuni storici del diritto, con i suoi controlli e con le sue garanzie appena possibili nelle piccole realtà comunali, è mera fantasia. Credere che la grande opera realizzata dai giuristi per organizzare, sotto antiche forme, lo Stato e la società moderna sia solo effetto di una decadenza della scienza giuridica rispetto a quel modello ideale, significa immaginare che il mondo si sia fermato alle soglie del Quattrocento, e che fosse possibile risolvere i problemi delle grandi comunità in tumultuosa trasformazione con schemi oramai dottrinali, per non dire dottrinari. Confondere dottrinarismo e realtà è un passatempo che evita la difficoltà di capire, ed attribuisce, anche per l'assenza o l'indifferenza degli interlocutori, una facile patente di dotti. D'altra parte, puntare su forme di partecipazione e di garanzia diverse e migliori di quelle offerte dalla montesquiviana *balance des pouvoirs* si rivelò, all'atto pratico, un disastro. Godechot ci ha mostrato come si risolsero le esperienze rivoluzionarie ed elettive in Francia. In tutt'Europa gli stessi liberali meditarono su quel crollo degli ideali, e relegarono, per il momento, fra le mere aspirazioni il decentramento del potere e l'appello alla società civile. Si passò dallo Stato patriarcale a qualcosa di non molto dissimile, e che Legendre indica come « Stato paterno ». Si pensò che la grande crisi fosse nata dalla dispersione legislativa, interpretativa ed amministrativa e dal pluralismo dei sistemi scientifici e teoretici, esemplificato dall'*Encyclopédie*: la *reductio ad unum* che ne seguì fu la più drastica a cui si era assistito dopo il tramonto dell'aristotelismo scolastico, e corrispose allo Stato « dei proprietari ».

Certo la svolta realizzata dalla rivoluzione scientifica, mentre aveva prodotto durante la seconda metà del secolo XVII ed agli inizi del XVIII, nell'epoca che siamo soliti indicare « di crisi della coscienza europea », il suo momento più problematico, e perciò, dal nostro punto di vista, più alto, aveva avuto già nel

Settecento serie battute di arresto negli sviluppi teoretici a noi più vicini. Lo spazio assoluto di Newton costituì per vari aspetti un passo indietro. S'introduceva di nuovo una dimensione metafisica, divina, una misura apodittica. Quell'orientamento fu segno e concausa del passaggio dallo scetticismo post-cartesiano a un Illuminismo che pose sui suoi altari la Dea Ragione, non soltanto la ragione. Possiamo dire con il Vernière che si passò dalla *raison impure* a la *raison pure*. Io direi il contrario: si passò, appunto, da la *raison pure* alla *raison impure*, ossia dalla prudenza venata di scetticismo, dal dubbio e dalla critica, a nuove certezze. Ma fu dopo gli sbocchi traumatici di fine Settecento che il bisogno di stabilità, di un ordine sistematico e rassicurante, prevalse. Persino la sociologia di Comte, come ha dimostrato il Ferrarotti, ha più in comune con l'idealismo sistematico hegeliano che con la scienza moderna. Insomma, una fondamentale svolta è ancora in corso, la *coupure épistémologique* iniziata con la rivoluzione scientifica soltanto in questi ultimi decenni sta realizzando le sue conseguenze estreme. Solo ora, con la fisica einsteiniana e post-einsteiniana, con Heisenberg e con il pensiero filosofico che su Einstein e su Heisenberg si è modellato (mi riferisco in particolare a Dewey), con lo sviluppo travolgente del pensiero epistemologico di questi ultimi due decenni, fino all'anarchismo (che non è casuale), noi siamo veramente al passaggio dall'ontologismo apodittico al problematicismo. Quindi è cambiato molto; non possiamo fare a meno di considerare ciò che oggi è del tutto nuovo nel modo di concepire le scienze.

Che cosa avvenne nell'Ottocento, quando i pratici, i teorici e gli storici del diritto ritrovarono il bandolo della matassa che avevano perduto alla metà del Quattrocento con la filologia umanistica? Si fece un salto dal Medioevo al sistema di Savigny, si creò una continuità fittizia ed una soluzione di continuità reale: un ciclo ad eclisse. La società capitalistica — come ha ben indicato ieri Mario Bretone richiamando Weber (e ci si potrebbe riferire a Bobbio e, tra gli altri, anche al Wieacker di recente ripubblicato da Liberati) — ma direi piuttosto l'attuale condizione umana ha bisogno di prevedibilità e di certezza, e quindi è portata a privilegiare gli aspetti che questa esigenza possono soddisfare. Considerando un epifenomeno trascurabile il cambia-

mento, si guardò anche sul piano storiografico al sistema, si cercò di concentrare gli interessi scientifici su epoche, oggetti, aree in cui erano prevalse l'unità e la stabilità delle esperienze intese come realtà ideali, si pose tra parentesi il periodo in cui il problematicismo è nato e si è affermato. La fase precedente a Valla ed a Machiavelli era il tempo in cui, in teoria e nella coscienza dei contemporanei, prevalevano i valori stabili, ideali e dottrinali. Ciò consentiva un'articolazione pragmatica estremamente ricca, che però non investiva mai i principi, e in tanto era agile, efficace e produttiva in quanto era tutelata e coperta dal livello deontologico. Di qui il convivere di pragmatismo e dottrinarismo. Si realizzava così un assetto funzionale a un certo tipo di certezza, oltre che ai fini dell'affermazione dei giuristi, cardine dell'organizzazione sociale e statale. Non era, dunque, un formalismo inutile neanche dal punto di vista etico-politico, ed era legittimato dall'aristotelismo scolastico, ossia era anche fortemente fondato dal punto di vista teoretico.

Oggi tutto è cambiato, non solo rispetto alla fase precritica, precedente la rivoluzione scientifica, ma anche rispetto alle grandi sistematiche ottocentesche. Esse dal punto di vista giuridico, pur esprimendo diagnosi opposte, conservatrici da destra, demolitrici da sinistra, derivavano da una medesima situazione di fatto: si era ormai rotto il rapporto organico tra le funzioni sociali, e quindi tra i ceti, gli 'ordini' o, secondo l'ultima formulazione, i *pouvoirs*, insomma la sintesi Stato-società: un valore antico, inteso come apodittico, metafisico, fondato sul pensiero aristotelico, rinnovato da Tommaso d'Aquino, accettato da tutto l'Antico Regime e finanche da alcuni fra i maggiori teorici dell'Illuminismo italiano, come ad esempio da Antonio Genovesi. Perciò lo Stato si trovava in un momento di trapasso estremamente difficile: non possedeva più l'antico fondamento di legittimità espresso dalla sintesi giuridica ideale per secoli custodita in modo arcano dagli apparati, ma ancora non disponeva dei nuovi strumenti istituzionali di rappresentanza che l'avrebbero potuto radicare o ancorare alla base sociale. Le voci più autorevoli di una cultura, come quella tedesca, che attraversava la fase della sua maggiore fortuna, attribuirono al principe, e non più all'apparato, il compito di mediazione ideale tra Stato e società, oppure contrappo-

sero in vario modo questi due ultimi termini: la macchina tirannica contro le individualità eroiche, il potere della classe dominante contro tutto il resto della collettività. E la storiografia si adeguò a quello schema: da Burckhardt a Croce la componente giuridica perse gran parte dei suoi significati.

Su questo punto è necessario soffermarsi ancora per un momento. La pretesa hegeliana secondo cui « la personalità dello Stato è reale soltanto in una persona: il monarca » costituiva una debole linea di arroccamento contro la pressione di una società che ormai chiedeva di conoscere e controllare, non si fidava più delle corrispondenze ideali e farisaiche tra valori e fatti. Questa soluzione appariva poco credibile anche a chi l'aveva dovuta formulare ad uso di un potere prussiano privato di legittimazioni ideali dal crollo della sintesi Stato-società. Perciò fu naturale ed irresistibile, e *contrario*, la demonizzazione dello Stato da parte della società non privilegiata. Non a caso la polemica promossa all'inizio degli anni Quaranta dalla sinistra hegeliana ruotò intorno al tema del *christliche Staat*. E tuttavia entrambe le opposte linee interpretative finirono per convenire su di un punto, che era senza dubbio errato: nel togliere agli apparati e quindi alla mediazione giuridica ogni significato ideale non solo nel presente, ma anche nel passato. Il progresso del sapere segue ritmi pendolari, per eccessi e per successivi aggiustamenti. Sta di fatto che lo scontro ha avuto per qualcuno un effetto mortale: la storiografia politica ha soppresso, con gli apparati, il soggetto che aveva agito per secoli da protagonista nella vita civile dei grandi Stati durante tutta la lunga fase di gestazione della società moderna; la storiografia giuridica, da parte sua, chiusasi per disdegnosa protesta nella tecnica e nella filologia medievale, non ha saputo che accreditare ed avallare quella operazione cruenta, per cui solo pochi benpensanti, da Hintze a Brunner, da Mousnier a Legendre, hanno versato qualche lacrima.

Eppure tutti, in questa vicenda, abbiamo perduto e perdiamo moltissimo. La soluzione di continuità dal secolo XVI al XVIII, cui si è accennato, spezza il nesso vitale tra presente e passato, impedisce alla ricerca sul Medioevo giuridico, così dotta e raffinata nelle sue analisi, di porsi aspirazioni teoretiche. Per le carenze parallele e congiunte della storiografia politica e giuridica la no-

stra meditazione sulle vicende da cui son nate le società e le organizzazioni statali moderne diventa perciò miope e monca. Il mondo giuridico perde così, con lo spezzarsi delle sue radici e delle sue motivazioni profonde, ogni credibile retroterra storico ed ogni afflato ideale, finisce per identificarsi pigramente con la più passiva ed opaca delle burocrazie. La vita sociale è privata dell'elemento che per molti secoli ha costituito un suo punto di forza e le ha dato fisionomia, senso, dignità: una valida e largamente condivisa cultura dello Stato e dell'amministrazione. D'altra parte gli abusi del potere — che furono prima di ecclesiastici e baroni, poi degli apparati sovrani, infine dell'esigua minoranza censitaria e borghese, e che sempre si ripresentano in forme nuove, religiose, giuridiche, economiche, ed ora innanzi tutto politiche — non sono oggettivati tra gli elementi reali della continuità, ma sono indicati quali caratteri involutivi propri del mondo moderno e contemporaneo. La prospettiva del passato ne risulta, in tal modo, profondamente deformata, gran parte della memoria storica va perduta, e l'esperienza del diritto, priva di contributi storiografici d'impegno teoretico, si appiattisce in un presente limitato, svilito e dominato dagli incomprensibili arbitri del 'politico'.

MASSIMO BRUTTI

1. La storiografia del diritto penale, per qualsiasi epoca, ha bisogno di indagini sull'organizzazione (e l'esercizio) dei poteri che reggono il sistema sanzionatorio, sui valori sociali dominanti, sull'ampiezza e sulle radici dei comportamenti che si allontanano dalle norme. Mi sembra che vi sia, in questo settore più che altrove, una domanda di notizie, una ricerca di documenti capaci di condurre l'osservatore al di là del dato normativo. L'esigenza si avverte anche negli studi sul diritto penale dell'antica Roma.

Possiamo dire che, dopo Mommsen e la sua potente elaborazione sistematica, questo terreno di ricerca sia rimasto marginale ed impervio per gran parte degli studiosi contemporanei di diritto romano. Ricordo in proposito un'osservazione di Erich S. Gruen, riferita alle origini del diritto penale romano ed all'esperienza repubblicana. « Students of Roman law have generally shied away from the criminal law », scriveva questo studioso nel 1968. E coglieva le ragioni della scarsità di ricerche nel carattere ibrido di quel diritto penale, nella sua stretta connessione con le vicende politiche e con i conflitti che attraversano la società romana. « Roman criminal law evades convenient, legalistic treatment. The elaboration of legal techniques and the evolution of judicial machinery were wrapped up in politics almost from the beginning and continued to be subject to the vagaries of politics throughout the period of 149-78 » ⁽¹⁾. Insomma, nel campo penale, la pressione politica è più intensa ed immediata.

Ma andiamo al di là dell'esempio storico proposto da Gruen (la prima *quaestio perpetua* e poi circa settanta anni di vicende istituzionali condizionate dai conflitti all'interno della *nobilitas*). An-

⁽¹⁾ Cfr. E.S. GRUEN, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 B. C.*, Cambridge, Massachussets, 1968, p. 6.

che rispetto ad altre epoche e alla stessa esperienza moderna, dominata dal principio *nullum crimen sine lege*, è necessario integrare e superare la concettualizzazione delle norme giuridiche, se si vuol esaminare e comprendere storicamente il diritto penale. È un superamento che si compie attraverso l'analisi della vita sociale e delle modalità di formazione delle norme.

La previsione di misure afflittive è il mezzo estremo col quale si manifesta e si istituzionalizza il disvalore di determinati comportamenti entro la vita sociale. Da questa premessa discendono alcune questioni. Rispetto a quali tipi di condotta si ha il ricorso alle misure coattive sulla persona, in luogo di altre sanzioni? Quali sono i criteri che discriminano il disvalore sociale e determinano la scala d'intensità delle misure punitive? D'altra parte questi criteri hanno una formazione storica e sono investiti da mutamenti, i quali incidono sulle ideologie, ma anche sulle politiche repressive che effettivamente si dispiegano nella pratica. Un altro interrogativo da porre è quindi: come si collega l'enunciazione di criteri-guida all'uso concreto di strumenti coattivi? Con quali apparati e con quale organizzazione della forza?

Dunque, lo studio storico ha bisogno, per quel che concerne il diritto penale, di una descrizione di comportamenti, di idee, di forme di vita, non risolubili entro una *diacronia infrasistemica*. Cercherò di spiegare che cosa intendo con questa espressione. Essa si riferisce a tutte le teorie che tendono a rappresentare la vicenda del diritto, o più spesso di una parte determinata del fenomeno giuridico, come il divenire di un sistema: una evoluzione continua e senza scosse di principi normativi e di categorie concettuali per la qualificazione dei comportamenti.

Il presupposto della diacronia infrasistemica è che vi sia un legame organico tra i principi e le categorie concettuali del diritto o di singole branche del fenomeno giuridico, delle quali si vuol narrare la storia (tra queste anche il diritto penale, ma il primo e classico esempio è evidentemente quello del sistema privatistico). Viene raffigurata perciò una connessione che non perde mai la sua coerenza interna, anche quando nel tempo le parti costitutive si modificano.

Non va dimenticato che lo studio del diritto romano nell'Europa continentale ha ruotato per secoli attorno all'idea di sistema.

Dallo *ius civile in artem redigere* che la scuola culta francese poneva come obiettivo programmatico, rifacendosi a Cicerone, fino a Windscheid e, nel campo del diritto pubblico, a Laband. Si sono cementate così abitudini mentali capaci di condizionare anche la storiografia⁽²⁾. Se si può parlare dell'esistenza di studi storici (in senso proprio) sul diritto romano, fin dall'umanesimo giuridico, si deve comunque ricordare che queste indagini sul passato (soprattutto volte ad indagare come si fosse giunti alla compilazione giustiniana e all'organizzazione del tardo impero) sono state legate strettamente, per secoli, alla scienza giuridica del presente. Dalle *leges* della compilazione giustiniana si traevano norme e direttive per la pratica. Presente e passato rifluivano così entro un quadro concettuale unitario, dalla lunga durata.

Richiamo questa preminenza delle astrazioni giuridiche rispetto alle vicende storiche, perché proprio muovendo da essa è più facile comprendere, nel suo impianto e nei suoi limiti, l'opera di Mommsen dedicata al diritto penale. E sono convinto che riflettendo sulle aporie della costruzione mommseniana diventa più chiaro quale possa essere oggi l'utilità euristica di un approccio in termini di storia sociale allo studio delle esperienze giuridiche penali.

Il primato del sistema si avverte nella misura massima entro la tradizione civilistica tedesca. Prima, vi è il modello savigniano del diritto romano attuale, che postula una metastoricità dei concetti fondamentali, a partire da quello di « rapporto giuridico », fino al diritto patrimoniale, ai contratti e alla proprietà. È un modello che avrà largo seguito nella pandettistica. In seguito, anche dopo la codificazione e la fine di ogni vigenza del diritto romano, i dogmi che su questo si erano formati continueranno a svolgere una fun-

(2) Vedi in proposito l'insieme delle ricerche di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino 1961, pp. 11-203; 272-281; 382 ss. Cfr. dello stesso autore *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti I Congr. Soc. it. di Storia del dir.*, Firenze 1966, p. 379 ss. Tutta la problematica di quel congresso andrebbe riletta oggi come testimonianza della disponibilità o della chiusura manifestata dagli storici del diritto ad approcci (diversamente qualificati sotto il profilo teorico) di storia « esterna » rispetto al dato giuridico-formale.

zione ordinatrice ed interpretativa, con riferimento ai nuovi testi normativi.

La prospettiva di Mommsen sul diritto penale romano è assai vicina all'ordine di idee dei pandettisti, per il nesso che instaura fra le categorie concettuali implicanti qualificazione di tipi di condotta, le concrete determinazioni normative ed infine le attività statuali che assicurano efficacia alle norme (3). L'affinità con lo stile della tradizione civilistica conferma il fatto che le forme assunte da questa approdano, nell'ottocento tedesco, ad una sorta di teoria generale della rappresentazione giuridica. Il sistema (la connessione dei concetti fondamentali) viene prima delle particolarità storiche e le ricomprende in sé. Anche qui la discontinuità è esclusa.

2. Esaminiamo più da vicino l'impianto teorico dichiarato che regge la trattazione di Mommsen, a cominciare dall'idea stessa di *Strafrecht*, evidentemente metastorica. Il diritto penale si fonda sulla nozione morale di dovere. Quando lo Stato prescrive l'osservanza di una legge morale, lo fa attraverso una qualificazione negativa dei comportamenti che violano quella legge. Al tempo stesso, prevede le modalità attraverso le quali l'ordine pubblico viene ristabilito. « Das Verbrechen wird durch die Strafe als aufgehoben betrachtet, die öffentliche Ordnung als damit beglichen ». Queste pagine ricordano la problematica kantiana relativa al rapporto fra legge e dovere morale, sulla quale il penalista Anselm Feuerbach aveva meditato a lungo, agli inizi del secolo.

Ma il punto significativo per noi è la dissimiglianza tra questa idea di *Strafrecht* e gli schemi normativi che si trovano nella scienza giuridica romana. La non immediata riducibilità dell'esperienza storica al modello.

« Nel diritto penale — scrive Mommsen — sono compresi in una unità i doveri morali dell'uomo, sia nei confronti dello Stato a cui egli appartiene, sia nei confronti degli altri uomini. Questa unità non è conosciuta, né può esserlo, dalla scienza giuridica romana. Il processo penale davanti ai magistrati ed ai comizi appartiene al diritto pubblico, il processo sulla base dei *delicta* davanti ai giurati appartiene al diritto privato ». I motivi della divisione

(3) Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 3 ss.

vengono dagli avvenimenti storici: sono occasionali, anche se incidono a lungo sui due campi.

Mommsen riconosce che la formazione del diritto e la scienza giuridica si appoggiano sulle diverse competenze dei magistrati. In altre parole, le partizioni tra l'una e l'altra branca del diritto, che sono definite dalla scienza giuridica, dipendono dalla organizzazione del potere politico. Così si ha un diritto penale che sta sotto la direzione del pretore urbano e che la *iurisprudencia* include nell'ambito del diritto privato; mentre il procedimento penale pubblico è assegnato ai più diversi magistrati. È la crescente complessità dell'organizzazione della *civitas*, tra quinto e quarto secolo a. C., a porre le premesse istituzionali perché si formi un doppio diritto penale. « Se l'unità — egli osserva — dell'amministrazione della giustizia, quale esisteva al tempo delle Dodici Tavole, non fosse caduta ottanta anni più tardi [Mommsen si riferisce alle *leges Licinia Sextiae*, del 167 a. C.], ben altra sarebbe stata l'evoluzione della scienza giuridica ». Comunque, non gli sembra che si possa rinunciare a trattare insieme questi due campi, pur storicamente distinti. In entrambi vi è la violazione della legge morale e la repressione da parte dello Stato.

Dunque, al di sotto dei meccanismi processuali, che rinviano a centri istituzionali diversi, vi sarebbe un'ideale unità. In questo quadro, appare impossibile « far dipendere la trattazione scientifica del furto (*Diebsthal*) dal fatto che esso si presenti come peculato o come *furtum* e conduca più tardi all'azione civile o alla *cognitio* del magistrato ». È solo un esempio, che chiarisce il procedimento seguito. La nozione di *Diebsthal* è presupposta rispetto alle sue concrete applicazioni nel diritto romano. Analogamente, la stessa struttura espositiva dello *Strafrecht* si fonda su una sequenza di astrazioni, ciascuna delle quali ha poi una propria storia interna: la legge morale e l'idea di violazione (« das Wesen und die Grenzen des Strafrechts »); le istituzioni che intervengono contro la violazione (« die Strafbehörden »); le forme di reazione alla violazione (« das Strafverfahren »); le ipotesi specifiche di violazione (« die einzelnen Delicte »); le ipotesi specifiche di reazione (« die einzelnen Strafen »).

L'opera non si organizza intorno ad una periodizzazione; né la successione dei fatti nel tempo rappresenta una chiave d'indagine

generale. Il modello della diacronia infrasistemica è qui delineato quasi in termini programmatici: « Von der gefährlichen Periodisierung ist gänzlich abgesehen; ein jeder Abschnitt fasst, was er behandelt, der Zeit nach zusammen ».

3. Nella immagine mommseniana di un doppio diritto penale, da ricomporre in una sistemica unitaria, è in primo piano il riferimento all'assetto ed alla varietà delle magistrature. L'organizzazione che queste assumono determina caratteri specifici e storia dello *Strafrecht*. Tuttavia, l'analisi dei poteri rimane ad un livello formale. Passa attraverso categorie come quella di *Rechtsprechung* o quelle di diritti e doveri dei magistrati⁽⁴⁾. Anche se proprio a questi ed al concreto esercizio delle loro potestà si devono gli sviluppi del sistema sanzionatorio, quindi le risposte ai problemi di discriminazione dell'illecito e di reazione, che la convivenza fa sorgere.

Ma oltre all'impostazione mommseniana, ve n'è anche un'altra, praticabile. Infatti, l'attività e la storia delle magistrature si possono studiare come una serie di varianti entro le forme dell'organizzazione pubblica (ma allora è facile che si imponga l'ipotesi concettuale dello Stato-persona); oppure (ecco l'altra via) si può muovere dal rapporto che questi centri istituzionali stabiliscono con l'ambiente sociale. Se si sceglie il secondo approccio, diventano di particolare utilità le domande sulla origine, sulla collocazione sociale dei magistrati e sui contenuti della loro attività di governo, anche quando questa si riferisce ai giudizi penali.

L'analisi dei poteri e delle autorità giudicanti tocca solo uno dei possibili punti di intersezione tra esperienza penale e storia della società. Altri due, di grande rilievo, riguardano la formazione dei valori dominanti e l'insieme dei fatti sociali che a questi non si riconducono: vale a dire l'origine e la struttura dei comportamenti devianti.

In più luoghi, la ricostruzione mommseniana rivela la parzialità e l'insufficienza delle vedute sistematiche rispetto alla formazione ed alle effettive vicende delle singole figure di illecito. Avviene talvolta che le categorie penalistiche si costruiscano per integrazioni

(4) *Op. cit.*, p. 134 s.

successive; ed allora ci si può domandare da dove vengano le aggiunte e come si possa tener fermo il sistema, rispetto a situazioni nelle quali il sorgere di valori nuovi o la promozione di interessi fino al livello della tutela penale fa oscillare i confini dell'illecito e ne cambia la disciplina.

Uno di questi casi è rappresentato dalla storia del *falsum*. Mommsen è consapevole del fatto che questa figura di illecito si è formata per successive aggiunte⁽⁵⁾. La esamina insieme al dolo (fedele alla prospettiva unificante pubblico-privato, sulla quale già ci siamo soffermati). Anche il *dolus malus* previsto dall'editto pretorio è, per la sussidiarietà della relativa *actio*, una categoria piuttosto fluida. Il *falsum* vero e proprio dapprima comprende soltanto le fattispecie previste dalla legge di Silla sui testamenti e la moneta, ma abbraccia poi anche comportamenti molto diversi. Tanto che un altro storico del diritto penale, Contardo Ferrini, metterà in luce l'assenza di unità del concetto⁽⁶⁾. E qui entra in crisi — mi pare — un aspetto importante dell'immagine mommseniana: la possibilità di raggruppare i singoli illeciti indicati nelle fonti attorno ad ipotesi definite e coerenti di violazione di doveri morali rafforzati da precetti e da sanzioni dello Stato. In realtà, anche Mommsen, di fronte alle diverse applicazioni del *falsum*, da un lato non approfondisce la definizione generale della categoria, dall'altro vede nel processo l'unico fondamento della sua unità, per quel che riguarda il diritto romano.

Su questo tema specifico voglio invece ricordare uno scritto di Gian Gualberto Archi, del 1941, che muove proprio da Mommsen, ma se ne allontana in modo decisivo⁽⁷⁾. Molti studiosi — egli osserva — hanno criticato l'assenza nel pensiero giuridico romano di una nozione generale di *falsum* (coerente nei suoi usi, univoca nella funzione). In realtà, a suo avviso, l'obiettivo della ricerca deve essere un altro. Non è un'astratta compattezza logica negli usi della categoria. Infatti « l'interesse ... a tutela del quale un ordina-

⁽⁵⁾ *Op. cit.*, p. 667 ss.

⁽⁶⁾ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano 1902, p. 399.

⁽⁷⁾ G.G. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, in *Studi nelle sc. giuridiche e sociali*, Univ. di Pavia, 91, 1941, p. 10 e p. 100 ss.

mento reagisce contro il falso, qualificando certe attività come reati, varia nel tempo e dello spazio. Esso è in funzione di una molteplicità di elementi legati a contingenze proprie ai singoli ambienti, che ne mutano la natura ». Va dunque analizzata, all'interno di contesti circoscritti e storicamente determinati, la natura dell'interesse che si vuol tutelare.

L'esempio è significativo. Il discorso di Archi si collega ad una polemica antiformalistica diretta contro Carnelutti. Mi sembra comunque che indichi la via di una radicale storicizzazione dei fondamenti della tutela penale. Ma il mondo degli interessi e dei criteri coi quali questi vengono valutati non può descriversi se si resta nel cerchio delle norme giuridiche e delle fonti che le tramandano. Bisogna tentar di rispondere a due domande. La prima: qual è il modello di comportamento che si vuol imporre mediante la tutela penale? La seconda: quanto pesano le trasgressioni e quali soggetti sociali coinvolgono?

Questi interrogativi ci portano nel cuore di una storia « esterna » rispetto al mondo giuridico, che non saprei definire se non come « storia sociale ».

Una parte di essa è rappresentata dalle mediazioni concettuali e dalle tecniche attraverso le quali i valori e le mentalità dominanti si traducono in previsione normative e in tutela giuridica. È utile richiamare, a questo proposito, una lucida formulazione di Marc Bloch. « La storia del diritto — egli scrive — potrebbe non avere esistenza separata se non come storia dei giuristi »⁽⁸⁾. Essa insomma potrebbe risolversi nella storia di un ceto, che ha i suoi metodi di ragionamento, le sue tradizioni. E che adempie di solito ad una funzione: elaborare ed esplicitare le regole di diritto (munite di sanzioni coattive) in ambienti complessi, dei quali i giuristi condividono e vivono le idealità e le tensioni. Le concettualizzazioni e i « sistemi », entro questa prospettiva, non sarebbero che una variabile dipendente rispetto alla società, di cui sono parte gli addetti al mondo giuridico.

⁽⁸⁾ Cfr. M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Paris 1949, tr. it. Torino 1950, p. 124 s. (ma v. ora una nuova edizione, a cura di G. Arnaldi, Torino 1969, p. 130 s.).

« Il diritto, nel senso stretto della parola — chiarisce Bloch — è dunque l'involucro formale di realtà in sé troppo varie per fornire con profitto l'oggetto di un unico studio; ed esso non ne esaurisce nessuna ». Il punto di arrivo è fissato: lo storico deve connettere l'analisi giuridica (ed i suoi procedimenti di astrazione, che isolano o combinano le regole) con la scoperta dei fatti volta a volta inclusi o riflessi nell'involucro formale del diritto.

PIERANGELO SCHIERA

STORIA-DIRITTO E DIRITTO-STORIA:
UN PROBLEMA DI « SCIENZE SOCIALI »

Accanto alle argomentazioni finora svolte sull'essenza del diritto e della storiografia, sulle loro genesi e sui loro destini, oltre che sulla necessità di un loro rinnovato incontro, ve ne sono altre, più oblique e incerte, che vorrei qui presentare.

M'interessa un livello che è a metà strada fra storia della storiografia e quella che una volta si chiamava critica ideologica: a quel livello tenterei di cogliere qualche aspetto tecnico della storia sociale e della scienza del diritto, intorno al cui rapporto e possibile combinazione stiamo appunto lavorando.

Intento preliminare è di definire, con quelle espressioni, campi d'interesse e d'intervento il più possibile precisi, in termini di oggetto, di metodo e quindi anche di distinzione rispetto ad altri modi di fare storia o di regolamentare una comunità. Ciò significa individuare e tenersi fermi agli statuti che oggi questi due punti di vista necessariamente devono avere, in base alla storica determinazione da cui sono segnati: per noi oggi, che siamo figli ancora, sia pure in crisi, di un secolo scientifico: quel secolo che è stato contemporaneamente il secolo della scienza ma anche dell'ideologia.

Partire da una simile premessa comporta accettare il punto di vista che sia la storia sociale che la dimensione giuridica rientrano in quel grande filone d'indagine scientifica, di verifica ideologica e di produzione culturale che è stato, negli ormai quasi ultimi due secoli, quello delle scienze sociali. Significa cioè riportarsi a quella incredibilmente ricca e strutturata articolazione del sapere che uomini ben precisi hanno saputo costruire, in un momento e in condizioni ben precise, fissando regole

e ponendo problemi in modo sistematico, in risposta a richieste e ad esigenze determinate: un sistema che prima non c'era e poi a un certo punto c'è stato, che oggi forse è nuovamente superato o in via di superamento, ma che fino a noi, per quasi due secoli, ha determinato il modo di ragionare, d'intendere, di comprendere, di « fare scienza », degli uomini occidentali.

Io sono certamente condizionato dal fatto che sto studiando cose che hanno proprio a che fare con la lenta ma quasi necessaria costruzione di quel sistema, nella situazione storicamente più favorevole, cioè nella Germania del XIX secolo. Qui ho potuto vedere che cosa abbia significato l'opera di edificazione dell'apparato scientifico-sociale, sia per le sue connessioni epistemologiche che in termini di risultati, e ancor più negli effetti politici, ma vorrei dire soprattutto politico-costituzionali: cioè come fattore costitutivo di quel sistema politico e sociale che ha avuto la Germania nel corso dell'ottocento, fino almeno alla prima Guerra mondiale. Sappiamo però anche che il caso tedesco, in particolare nella dimensione scientifica e universitaria (dell'organizzazione cioè, più o meno integrata, dell'istruzione superiore e dell'alta ricerca) è stato di modello per quasi tutti i paesi europei, come anche per gli Stati Uniti d'America. Se si ammette ciò, bisogna accettare la conseguenza di evitare l'assolutizzazione del giuridico e del sociale come se fossero entità, valori in sé e bisogna invece passare ad una considerazione di quei due livelli, del giuridico e del sociale, proprio attraverso il percorso di scientifizzazione che essi hanno subito, durante l'ottocento.

Il rapporto fra scienza e politica nell'epoca contemporanea — quella cioè in cui si sono formate le convinzioni e i modi di porsi che continuano a condizionarci ancor oggi — è cosa estremamente interessante da studiare e da mettere a punto, nel senso non già di cogliere la scienza come *instrumentum regni* (che è vero e non vero per tutti i tempi e sotto tutti i climi), ma di accertare le implicazioni della prima nella seconda, addirittura come suo elemento costitutivo, come sua forza traente.

Io sono convinto che in un sistema politico sempre più necessitato a dare risposte razionali a bisogni e problemi collettivi, in termini di massa: cioè in un sistema democratico, la scienza, in modo particolare le scienze sociali (non certo a caso sorte e con-

solidatesi in concomitanza con la formazione e il consolidamento della democrazia moderna), ha rappresentato un meccanismo indispensabile ed estremamente efficace non solo per creare il consenso e tenerlo vivo e in tensione — che già sarebbe molto — ma anche e soprattutto per fornire strumenti tecnici precisi sul piano sia della previsione che dell'azione politica vera e propria.

Per venire più vicino al nostro tema, è così, ad esempio, che si capisce il significato, ma anche le modalità di nascita e di svolgimento, del diritto amministrativo e del diritto costituzionale nell'ultimo quarto del XIX secolo in terra tedesca. Di solito si sottolinea, più in generale, il decollo del diritto pubblico moderno, nell'evoluzione dell'antico *Staatsrecht*, grazie all'adozione del cosiddetto « metodo giuridico », che aveva dato tanti buoni frutti all'interno dell'elaborazione pandettistica, in campo privatistico. A me pare invece che sia più rilevante l'opera di costruzione, dogmatica certo ma anche di politica della scienza (quindi non riconducibile solo al « metodo giuridico » ma alle stesse condizioni sociali e costituzionali in cui il processo di scientificizzazione si svolgeva: che erano per l'appunto quelle della « innere Reichsgründung », cioè della effettiva fondazione del Secondo impero nei termini della sua pratica operatività) del diritto amministrativo in prima istanza e, collegamento ad esso, del diritto costituzionale. Essi non sono avvenimenti che piovono dal cielo e neppure che scaturiscono per incanto dalle teste dei pensatori, anche se lo stesso Otto Mayer muove proprio questa accusa ad un concetto che egli non apprezzava, quale quello della personalità giuridica dello Stato. Al contrario, come si potrebbe facilmente mostrare, essi si costituiscono, secondo le tecniche e gli standards ormai da decenni collaudati nell'ambito della scienza giuridica tedesca, in particolare quella privatistica, in rapporto a precise esigenze della società tedesca del Secondo impero, che sono a loro volta interpretate in un certo modo, in una certa direzione, dai suoi gruppi dirigenti e dal sistema politico che essi riescono ad esprimere.

Resta tuttavia vero e decisivo il fatto che quei nuovi diritti si forgiavano e prendono forma necessariamente, come si è detto, grazie a concetti, a *Dogmen*, a categorie giuridiche, rispondenti ai criteri scientifici di base su cui le due discipline riposano.

Proprio a causa del fatto che quella prodigiosa produzione « scientifica » ha prevalenti referenti politico-sociali, essa diventa indispensabile immediatamente anche al di fuori dell'ambito ristretto e specialistico dei rispettivi settori di applicazione tecnica, per assumere valore ermeneutico, interpretativo, descrittivo, allusivo, ideologico infine, in tutti i campi d'interesse su cui quei settori per loro natura aprono. Trattandosi dei settori relativi all'amministrazione e allo Stato, si capisce da sé l'eccezionale « produttività » che le nuove scienze esplicano nel campo politico-costituzionale generale.

Tornando così in ballo gli storici che, essi stessi decisamente orientati in questo stesso torno di tempo a configurarsi come scienziati sociali e ad usare gli strumenti concettuali che le scienze sociali vanno elaborando e sfornando con progressiva attendibilità, danno un contributo non secondario all'assolutizzazione di formule interpretative inizialmente create per scopi limitati e transeunti. Il fenomeno è duplice: da una parte le nuove storiografie tecniche — quella giuridica, in particolare, ma anche quella economica e quella sociale, o culturale come preferibilmente si chiamava a fine ottocento — incrementano in misura notevole la loro capacità d'indagine del passato usando le griglie concettuali prese in prestito dalle scienze sociali in senso stretto; dall'altra queste ultime ricavano da ciò un'insperata legittimazione alla loro ancora recente e non consolidata densità dogmatica.

Non si può allora ignorare, in un discorso come il nostro che si vuole occupare di storia sociale e di dimensione giuridica, il peso che hanno temi come quelli attinenti allo Stato, dei quali invece, in questi giorni, ci siamo forse occupati troppo poco. E si capisce perché. Essendo il punto di vista principale quello della storia « sociale », si è involontariamente dato per scontato che lo Stato non avesse a che fare con essa.

È scattato il meccanismo (perverso) che ruota intorno al perno della cosiddetta « divisione fra Stato e società ». Tale divisione è infatti fortemente caratterizzata in senso ideologico: essa ha una ben precisa e documentabile genesi ed è anche possibile rinvenire con buon grado di plausibilità gli effetti che ha svolto nel processo di costruzione del sistema delle moderne « scienze sociali e dello Stato ». Ancor oggi è per me fortemente limi-

tante e fuorviante continuare a procedere per esclusione, restringendo la prospettiva del rapporto fra storia e diritto alla storia sociale intesa in senso stretto, in base all'assunto che per conoscere e studiare gli aspetti più direttamente attinenti al potere e alla sua organizzazione nello Stato non siano necessarie le stesse avvertenze e delicatezze che invece s'invocano per lo studio della cosiddetta « società ». Questa predilezione per la società che, ideologicamente, sembra un'apertura è in realtà un restringimento dell'orizzonte problematico, poiché implica indifferenza — anche solo sotto forma di tecnicizzazione — per tutto ciò che dal punto di vista costituzionale finora è stato legato all'idea e alla pratica statale. A me piacerebbe piuttosto un accostamento globale al tema storia-diritto, che non obbligasse dunque a procedere per esclusioni ma consentisse al contrario di arricchire, per assimilazioni, punti di vista diversi di una tematica che è e resta unitaria. A scopo puramente dimostrativo, mi permetto di citare, in tale direzione, il nome di uno storico che, con tutti i suoi limiti, ha indicato un'impostazione globale del genere: Otto Brunner, che non a caso è stato anche colui che ha sviluppato la critica più serrata agli specialismi della storia del diritto a favore di una *Verfassungsgeschichte* concepita in senso lato, fondando fra l'altro tale critica proprio sulla denuncia dell'origine storicamente determinata della distinzione Stato-società.

Se è vero che, nel far storia del diritto, o dell'economia, o della cultura — di settori cioè che sono stati tutti sottoposti alla rigorosa e fortunatissima opera di scientificizzazione che sappiamo — dobbiamo per forza, se vogliamo essere professionali, fare ricorso a categorie consolidate (alle categorie proprie dello standard scientifico di ogni specifico settore), è logico che da questo fatto provengano tutti i rischi già messi in luce dai relatori in questo nostro incontro. In prima linea quello di impiegare concetti per spiegare e dotare di senso fenomeni che sono sorti e si sono sviluppati ben prima che questi concetti esistessero: ciò non può non creare problemi di astigmatismo interpretativo non sempre di facile soluzione.

Ma non basta. Il fatto di pretendere di dare una lettura storico-giuridica, storico-economica, storico-culturale di epoche in cui la distinzione fra diritto, economia e cultura non esisteva, oppure esisteva in maniera completamente diversa da quella che a noi è

determinata dal particolare processo di specializzazione scientifica che abbiamo conosciuto, può creare equivoci di particolare gravità e quasi sempre suggerisce pregiudizi incontrollabili. Con l'esito di pretendere di imporre a epoche diversamente ordinate letture ispirate a « ordini » più nuovi e diversi, certamente più attrezzati tecnicamente e dotati di luce più viva, ma per forza votati ad assolutizzare punti di vista parziali rispetto alle dimensioni del tempo e quindi ad appiattire, piuttosto che a mettere in rilievo la complessità dei fenomeni studiati.

Le considerazioni che vado svolgendo suonano tutte in senso negativo: non si tratta infatti di fare una lista di desiderata a cui rispondere meccanicamente, è molto più un problema di mentalità, di atteggiamento preliminare, di consapevolezza della storicità del nostro stesso modo di fare storia, e di fare diritto. È insomma il problema di fondo di ogni cultura, che si palesa con evidenza in epoche di crisi ma che è in realtà sempre presente negli atti di esercizio della coscienza occidentale moderna: quello cioè di una gestione costantemente critica dell'inevitabile condizionamento storico a cui la nostra conoscenza dei fenomeni umani e sociali, la nostra stessa scienza sociale, è sottoposta.

Il discorso che ho appena fatto non perde il suo significato se lo si applica, invece che alla relazione *storia*-diritto, a quella *diritto*-storia. Che rapporto deve o può avere la scienza giuridica con la storia? Non si tratta qui di sollevare questioni scontate come quella dell'origine storicistica di tutta l'esperienza giuridica moderna, sia dal punto di vista scientifico-dogmatico, attraverso la scuola storica nell'esperienza continentale, che da quello pratico-giurisprudenziale, nell'esperienza inglese e poi americana del *common law*. Mi sembra invece che il vero problema sia di chiedersi se e in che modo il giurista debba porsi oggi, nella sua sempre più complessa strutturazione epistemologica, il problema della storia (quella stessa storia che, come abbiamo appena visto, mirando a cogliere e a dotare di senso strutture dell'agire civile o politico umano, sembra troppo spesso escludere dalla propria considerazione il diritto, o le forme giuridiche con cui quelle strutture storicamente si atteggiavano).

Quel problema si può porre in due modi elementari, che non sono quelli che qui interessano. Il primo modo è quello della storia del diritto. Per sviluppare la sistematica intorno a un determinato istituto giuridico, il rimando costante alla sua storia interna, alla storia della sua evoluzione, è utile e necessario. Più in generale l'utilità della storia del diritto s'impone in vista del perseguimento, che ovviamente deve venire continuamente aggiornato, del *systema juris* nel suo complesso, che costituisce notoriamente la premessa perché i singoli istituti giuridici a base dogmatica possano mantenere il loro senso e possano sviluppare la loro funzione ordinamentale. Non a caso, queste furono le linee su cui costruì le sue fortune ottocentesche la scuola storica del diritto.

Il secondo modo d'impostare il rapporto fra diritto e storia, meno accettato del precedente, ma ormai praticato da qualsiasi giurista voglia mantenersi in contatto coi tempi, consiste in un'attenzione dinamica per la storia del presente. Confluiscono in essa sensibilità e reazione per tutte le più significative trasformazioni che il mondo della convivenza civile ha subito, in occidente, a partire dalla rivoluzione industriale, con particolare riferimento al mondo della produzione e del lavoro, ma con voluti e consapevoli allargamenti a tematiche più generali, costitutive dell'intero sistema politico-civile che ha governato e sta governando l'uscita dell'occidente e forse del mondo dall'età moderna.

Si tratta di una sensibilità storica che si esplica sia nell'usare per la sistematica giuridica categorie proprie di altre scienze sociali (e del sistema delle scienze sociali e dello Stato nel suo complesso), sia nel trarre dall'interpretazione giuridica effetti utili alla comprensione di questi ultimi e, per suo tramite, dei tempi e delle relative trasformazioni strutturali.

È una sensibilità storica e non semplicemente per le scienze sociali (economica, sociologica e via dicendo), proprio per questa esigenza circolare di comprensione, al cui centro sta il fenomeno giuridico ma la cui area racchiude i principali elementi costitutivi della realtà contemporanea: il cui movimento può avere, per definizione, solo comprensione storica.

C'è però un ulteriore livello di coinvolgimento con la storia che il giurista di tanto in tanto instaura. Esso va oltre la conoscenza tecnica della genesi e delle vicende storiche dei singoli

istituti e la capacità di sintonizzarsi sulla lunghezza d'onda dei problemi in corso e tocca invece i presupposti culturali (cioè insieme cognitivi ed ideologici) di ogni sapere speciale, compreso quello giuridico. Nel caso del diritto, poi, tali presupposti sono particolarmente importanti, poiché coincidono con i *topoi*, i *loci communes* di quella quasi genetica struttura civile-politica che ciascuno di noi si porta dentro come patrimonio collettivo della tradizione occidentale.

L'importanza di questo altro livello risalta ad esempio in un libro recente di Luigi Mengoni, che raccoglie suoi saggi più o meno antichi, sia di contenuto metodologico, che invece dedicati alle tematiche più recenti del diritto del lavoro.

Non mancano in esso rimandi al nesso problematico e concettuale annodato intorno al tema dello Stato, soprattutto nelle sue versioni ottocentesche di Stato di diritto, Stato liberale, Stato rappresentativo, Stato parlamentare e via dicendo. È innegabile che il rimando a categorie del genere (anche in rapporto dialettico con altre — sempre a prevalente connotazione storicistica — riferite all'antico regime, come Stato assoluto, Stato per ceti, Stato corporativo fino a Stato feudale ecc.) rappresenta una prova aperta della preoccupazione di inserire il fenomeno giuridico in un quadro di comprensione più largo di quello attinente ai suoi contenuti tecnici interni e capace invece di porre in evidenza i suoi legami e snodi con l'ordinamento generale.

Come mai il diritto ha bisogno, se non nella sua versione sistematica, almeno in quella interpretativa, di fare e mantenere aperti i conti con l'ordinamento? E in che modo il ricorso critico alle diverse forme storiche di ordinamento possono servire anche dal punto di vista sistematico? La risposta rimanda necessariamente al nocciolo stesso dell'esperienza giuridica occidentale, in cui è difficile distinguere fra ordine e ordinamento, e il diritto si è storicamente affermato come la forma più utile per trapassare dall'uno all'altro polo della convivenza organizzata. Ne viene coinvolto lo stesso rapporto di fondo fra diritto pubblico e diritto privato, nelle molteplici soluzioni che esso ha nel tempo trovato. A voler ridurre a tutti i costi, si può arrivare a dire che la soluzione vincente si è avuta in quella specie di alchemico artificio che siamo

soliti chiamare secolarizzazione, di cui il « progetto giuridico », in chiave utilitaristico-positivistica, è stata la chiave di volta.

Ma se tale è davvero l'importanza del rapporto che il sistema giuridico ha con il sistema politico, è sufficiente l'armamentario di cui un giurista (sia come sistematico che come interprete) oggi dispone per comprendere, o anche solo per utilizzare i materiali di cui è composta la tessitura dell'ordine sociale e politico, nella sua dimensione storica?

La risposta non può che essere negativa. La « dottrina dello Stato » è, come campo disciplinare, morto e non può non oscillare fra la bolsa ripetizione di dottrine defunte o forse mai neppure operativamente esistite ed una pericolosa torsione pseudo-rivoluzionaria o iper-conservatrice priva, perlopiù, di ogni consapevolezza storica. La storia del diritto si muove, come si è detto, ad un altro livello e risponde ad esigenze diverse, che non possono essere tralasciate, pena un immediato deterioramento della stessa essenza tecnica della speculazione giuridica. Sorge allora il rischio grave che il bisogno di chiarezza terminologica, concettuale, tipologica, storiografica intorno alle forme storiche della convivenza, a cui il diritto, sia come teoria che come prassi di tale convivenza, si è di volta in volta ricordato, si esaurisca nell'assunzione di pillole preconfezionate, di luoghi comuni che hanno da tempo esaurito la loro potenzialità topica per ridursi a formule di rito, a veri e propri alibi conoscitivi i quali, nonché non aiutare la comprensione sistematica e interpretativa del diritto, ne inficiano progressivamente la sostanza stessa, in quanto ne minano il legame reale con la concretezza storica.

Ecco riapparire la mia predilezione per quella che i tedeschi chiamano *Verfassungsgeschichte*, storia costituzionale, disciplina che nelle università tedesche viene coltivata normalmente in collegamento con l'insegnamento del diritto pubblico. Nata e concepita all'interno della storia del diritto, come applicazione di quest'ultima agli aspetti pubblicistici della vita dell'ordinamento, essa ha acquistato presto, grazie ai contributi magistrali di storici quali Otto Hintze prima, Otto Brunner poi e infine Gerhard Oestreich, una sua fisionomia particolare — che è quella che m'interessa maggiormente, anche se non sempre è quella accolta da chi ancor oggi la pratica nelle facoltà di giurisprudenza tedesche — come ri-

flessione integrata e globale dei fattori concorrenti a determinare la « costituzione » di una data situazione storica. Tali fattori possono essere i più vari, da quelli marcatamente materiali a quelli che riguardano invece l'essenza spirituale del movimento, ma sono in ogni caso ordinabili secondo i due criteri fondamentali della costituzione intesa in senso occidentale moderno: secondo cioè la loro rilevanza sociale da una parte e giuridica dall'altra.

Non è questa la sede per diffondersi sull'ampiezza di spettro interpretativo di una *Verfassungsgeschichte* modernamente intesa: sia solo consentito rimandare alla nota critica formulata da Brunner nei confronti di chi, per individuare lo « Stato del medioevo », impiegava concetti propri del diritto pubblico e statale ottocentesco, sovrapponendoli alle fonti e alla coscienza del tempo, in base ad un procedimento analogico così estensivo da attribuire al medioevo una concezione e una pratica del potere e della sua organizzazione di netta impronta moderna. Ad avere il tempo, sarebbe qui il caso di aprire una parentesi sull'inevitabile connotazione « materiale » che la costituzione di cui abbiamo appena parlato deve necessariamente assumere per poter essere oggetto di una storia costituzionale non strettamente giuridica, ma anche sociale o per meglio dire globale come quella a cui faccio riferimento.

È infatti in tal modo che essa (come ricostruzione storica attenta alla valutazione e alla composizione dei fattori di volta in volta costitutivi della realtà civile e politica a cui il diritto si riferisce) è la più adatta a rendere possibile o a facilitare quella fase della riflessione giuridica che Mengoni individua, nella scia di un dibattito non sempre lineare e come egli stesso sottolinea non sempre soddisfacente, nella cosiddetta « topica ». Se quest'ultima è, già secondo Aristotele ma di nuovo e con forza a partire da Ramo, la ricerca e la inventio dei « luoghi », cioè degli argomenti e delle corrispondenti essenze che, in opportuna disposizione, servono a dotare di contenuto l'operazione sistematica (nel diritto, come nelle altre scienze sociali), allora mi pare che l'attenzione storico-costituzionale sia la più adatta a fornire sia i materiali che il metodo più adatti allo scopo, garantendo quel tasso di interdisciplinarietà, quel bisogno di concretezza, quella capacità di astrazione tipologica e quella necessità di ricorrente relatività, senza i quali l'elaborazione delle ipotesi di lavoro non può aver luogo che

in modo preconfezionato e quindi senza la possibilità di grandi esiti innovativi.

Mi pare inoltre probabile che, nell'epoca della secolarizzazione, è proprio qui che s'insinua — almeno per quanto riguarda la figura dell'intellettuale e dello scienziato: ma a nessuno sfugge l'importanza e insieme l'equivocità di tali ruoli — il problema dei valori. Venuta meno, o posta fortemente in dubbio, la possibilità di dedurre questi ultimi direttamente dall'esterno, pur anche divino, o anche solo di fondarli in maniera metafisica, la via che resta in alternativa all'assolutizzazione meramente ideologica dei concetti (o delle leggi) che la scienza, le scienze specialistiche, hanno indotto, pur con tutte le correzioni neo-neo-positivistiche dei neo-neo-sofisti popperiani, è quella del più ampio e più circolare ed assiduo possibile confronto fra i punti di vista, i metodi e i risultati di quel complesso di conoscenze che costituisce le scienze sociali e dello Stato, di cui la storiografia è stata, verso la fine del settecento e poi nell'ottocento matrice e anche, in gran parte, nutrice.

Eccoci così tornati a quello che era stato il punto di partenza. Anche seguendo la linea *diritto*-storia il risultato non muta.

Parlare del loro incontro in termini scientifici significa porsi il problema del contesto storico-epistemologico in cui entrambe le prospettive sono sorte e ancora si muovono. Risulta perdente ogni tentativo di alleanza, unione, mescolamento fra esse che prescindano dalla considerazione critica della comune base da cui esse partono, che è quella del sistema scientifico elaborato, con convinzione ed efficacia, da chi si pone, al culmine del « progresso » dell'umanità moderna, il compito della comprensione e della spiegazione « scientifica » della realtà corrispondente. Non si può rendere davvero utile il diritto alla storia, o la storia al diritto, ignorando che le regole di ambedue rispondono a un codice di base che ha una profonda e singolare caratterizzazione storica.

Perché, in fondo, cosa sono il diritto e la storia se non secolarizzazione in atto? E viceversa. Nell'antichità, era la coincidenza di diritto e religione, di giustizia e fede, ed era la concezione della storia come storia necessariamente sacra, a dare al rapporto dell'umanità con Dio quel senso di terribile totalità che quasi escludeva, una volta fatta la scelta per il proprio dio, ogni responsabilità.

L'età nuova, a matrice cristiana, è caratterizzata, per i credenti come per i non credenti, dalla formazione di uno spazio grande per quest'ultima. La massima via (almeno finora) di realizzazione e controllo di essa nella nostra esperienza occidentale e moderna è quella rappresentata dai due canali di razionalizzazione offerti dal diritto e dalla storia. Per entrambi si è stabilita una nuova responsabilità, politica e individuale, che può essere a lungo tranquillizzante (si pensi all'enorme funzione sociale dei vari conformismi) senza perdere mai la possibilità di una sopravveniente drammaticità. È questo, ancora una volta, il campo in cui germignano o soffocano i valori. Ed è rispetto ad esso che storia e diritto hanno molto da dire, purché li si intenda nella loro pienezza, che non può mai in nessun modo esaurirsi nella loro esclusiva dimensione tecnica o anche scientifica.

Uno dei momenti centrali di questa tensione, che è anche uno dei temi obbligati dell'incontro giustamente sollecitato fra storia e diritto, è certamente quello della contemperazione fra la sfera d'azione individuale e la competenza signorile dello Stato. Si tocca con ciò, com'è evidente, il nucleo problematico del potere, cioè del mistero per cui, a certe condizioni, si dà a comando obbedienza. Anche in questa fascia vi sono, nell'età moderna, caratterizzata dalla mondanizzazione umanistica delle giustificazioni dell'esistenza e dell'azione umana, momenti di integrazione e approfondimento dei nessi fra privato e pubblico, fra uomo e mondo, fra società e Stato che allontanano la prospettiva di una lettura unilineare e un po' soffocante della politica moderna nel senso unico principe-individuo. Mi riferisco ai livelli « intermedi » della vita politica e sociale, che sono appunto situati lungo il percorso che va dall'individuo allo Stato e viceversa, e lo spezzano.

Rispetto ad essi si può sviluppare, come già è accaduto, un interesse scientifico che travalica il puro dato storiografico della composizione pluralistica e articolata della società europea, ma che raggiunge una delle strutture profonde di tale società, nella sua dimensione diacronica come nel momento sintetico e sincronico del « simbiotico », in alternativa permanente ma complementare all'altro dato strutturale della storia costituzionale europea, quello della « sovranità ».

È questo uno dei casi-esempio più belli della fertilità ermeneutica dello strumento « costituzione » sopra richiamato e, di conseguenza, di una prospettiva d'indagine storico-costituzionale, in cui diritto e storia possono trovare, entro le coordinate storicamente dettate dal sistema delle scienze sociali otto e novecentesco, la più adeguata compenetrazione. Purché resti ferma l'idea di una costituzione in senso materiale, oggettivo, più che non sulla base di una « coscienza di fare una costituzione », com'era nelle intenzioni dei costituzionalisti inglesi alla Paine e come sarà massimamente nella teoria e nella pratica costituzionalistica europea a partire dalla Rivoluzione francese: una fase quest'ultima, come sottolinea McIlwain, che « è solo il prodotto di un'altra più antica e molto più lunga, in cui le costituzioni erano pensate non come creazione ma come sviluppo, non come codice nazionale ma come eredità nazionale ».

È noto che la dialettica di fondo del « costituzionalismo antico e moderno » risiede, per McIlwain, nel « conflitto fra il vecchio *gubernaculum* e la vecchia *jurisdictio* »; egli scorge nel XVI secolo l'acme di tale conflitto: « In tale periodo, secondo tutte le apparenze, la *jurisdictio* era destinata ad essere completamente sommersa dal *gubernaculum*; e se le dottrine della quasi illimitata obbedienza che allora prevalsero fossero rimaste immutate, si può ben credere che essa sarebbe scomparsa del tutto ». Ma la storia, come non è fatta di solo diritto, così non è fatta di sole dottrine. In un grande piccolo saggio sull'assolutismo europeo, Gerhard Oestreich ha mostrato come fra i « problemi di struttura » di quest'ultimo ci fossero anche le forme di rappresentanza dei corpi sociali costituiti nei loro privilegi riconosciuti. Egli ha anche tirato un importante parallelo fra tale persistenza di spazi di difesa e autonomia nei confronti del crescente potere sovrano e la capacità anche produttiva, in senso socio-culturale, che quei corpi riuscivano ad esprimere, in termini di trasmissione e raffinamento di consuetudini e tradizioni, di comportamenti acquisiti e legittimanti, di usi costumi e valori, in un mondo sostanzialmente statico e conservatore, ma nondimeno congegnato a difesa di libertà (al plurale, ma forse anche per ciò stesso al singolare, come ha suggerito Emile Lousse).

Oestreich ha avuto anche il merito di riassumere quella funzione di conservazione, tutela, trasmissione dell'antico ordine svolta dai corpi sociali cetuali nella categoria del « disciplinamento sociale », recuperando in tal modo anche i risultati dei suoi studi sul neostocismo europeo e su Giusto Lipsio in particolare.

Mi piacerebbe ora concludere queste osservazioni sparse sul rapporto fra storia e diritto, verificando se quella categoria, che è stata recentemente ripresa anche in Italia e offerta alla storiografia più interessata e aperta ai problemi della storia costituzionale e sociale, può aiutarmi a mostrare meglio il senso che quel rapporto può avere.

L'occasione è propizia anche per ribadire l'importanza del quadro di riferimento offerto dalle scienze sociali per il nostro problema. Uno dei primi e più consapevoli autori a centrare su quella categoria (o su quella, analoga di « disciplina ») l'interpretazione del moderno mutamento del « potere » è infatti stato Max Weber, in collegamento con la nota tesi del ruolo svolto dall'ascesi (e in particolare della sua variante intramondana) nello sviluppo dello spirito e della prassi del moderno capitalismo e, per suo tramite, della moderna *Lebensführung*. Dall'originaria asceti extramondana dei monaci (« la truppa disciplinata di una burocrazia razionale per uffici ») e dei gesuiti (realizzatori del « più completo disciplinamento razionale per gli scopi della Chiesa »), ma anche necessariamente in contrapposizione con essa, si afferma l'asceti weberiana, in commistione sia al potere regolato (la *Herrschaft*) che a quello naturale (la *Macht*), come « la possibilità di trovare, in virtù di una disposizione acquisita, un'obbedienza pronta, automatica e schematica ad un certo comando da parte di una pluralità di uomini ».

Ma non basta, Ciò che importa sottolineare è infatti il rapporto che Weber instaura fra « disciplinamento e codificazione delle forme di potere ». Qui infatti interviene il diritto, come elemento decisivo della traduzione storica del carisma (forma originaria del potere-potenza) a favore di una socializzazione razionale piuttosto che in base alle forze della tradizione. Disciplinamento per la modernizzazione, dunque, grazie alle forme apprestate dal diritto per la mondanizzazione del potere.

Nella ricostruzione weberiana, alla disciplina viene assegnato in modo univoco un destino di razionalità che la rende strumento

ideale per l'affermazione della condotta di vita moderna: in tal senso essa può agire sia direttamente a livello individuale che sui comportamenti sociali e può quindi realizzare la pienezza della « politica » moderna che è costruita sui due cardini della responsabilità individuale e del progetto collettivo. Impresa manifatturiera ed esercito sono, per Weber, le due fattispecie storiche più significative della concretizzazione della disciplina nell'insieme dei rapporti umani: esempi che più probanti non potrebbero essere della razionalizzazione dell'agire umano in termini individuali (l'imprenditore), la prima, e di dis-individualizzazione dello stesso, il secondo.

Seguire troppo e solo Weber ci porterebbe però a risultati non voluti. L'evocazione del disciplinamento, come possibile ambito di applicazione del rapporto fra storia e diritto secondo l'ispirazione di una storia costituzionale correttamente intesa, può tenere se della definizione weberiana si accoglie più l'elemento della « disposizione acquisita » che non quello della « obbedienza pronta, automatica e schematica ». La novità cioè non può consistere semplicemente nel rintracciare le modalità oblique e un po' perverse con cui l'eterno potere si pone in essere nell'epoca della razionalizzazione e della modernità. Non è sufficiente una lettura dei convincimenti e dei comportamenti individuali e di gruppo come puro e semplice riflesso di un comando più efficace e produttivo. Importa invece trovare ragioni autentiche e produttive in proprio a quei convincimenti e a quei comportamenti. Importa arrivare a dotare « gli uomini e i gruppi di uomini » di una loro autonomia produttiva, in termini politici, in adesione o in contrasto con la strutturazione legale e razionale del potere. Importa anzi giungere a concepire quest'ultimo come fatto insieme di comando e di burocrazia ma anche di obbedienza e partecipazione.

Si tratta, in ultima istanza, di uno sforzo di individuazione di soggetti sempre nuovi e sempre più numerosi del grande fenomeno della politica moderna. Individuati con la categoria del disciplinamento, che consente di registrare i momenti di identificazione dei convincimenti e dei comportamenti di gruppo, questi *menschliche Verbände* di cui tanto ha parlato Otto von Guericke diventano subito anche elementi portanti della costituzione, come « insieme delle forze sociali di una determinata situazione ». La storia può prestare maggiore attenzione a questi aspetti della vita organizzata, se-

guendo una via intermedia fra quella rigidamente ancorata alla scheletrica ricostruzione delle istituzioni del potere e quella esclusivamente dedicata alle espressioni di vita sociale non toccate dal flusso (molto più denso e infiltrato di quanto si ricavi dalla stessa storia delle istituzioni) dei rapporti, attivi e passivi, di potere. Fra storia del diritto e storia sociale in senso stretto vi è un territorio immenso e molto frastagliato, in cui l'attitudine all'obbedienza (cioè il lato passivo del potere) si sposa perennemente all'autogestione di sfere di attività e di vita riservate, ma nient'affatto irrilevanti rispetto al sistema di vita collettivo.

« La storia costituzionale è di solito la registrazione di una serie di oscillazioni. Talvolta sono i diritti privati che si pongono come il problema principale, tal'altra volta è la necessità di prevenire un disordine che minaccia di mutarsi in anarchia che passa innanzi a tutto », scrive ancora McIlwain. Vorrei solo sottolineare il fatto che, nella nostra età moderna, questa oscillazione potè essere in qualche modo cadenzata e resa più consapevole, cioè più mirata ad obiettivi umani, grazie alla disciplina e al disciplinamento, come fattore passivo di introiezione del comando da una parte, ma anche come fattore attivo, dall'altra, di creazione, imposizione e trasmissione di spazi di creatività sottratti al governo, o meglio con esso concorrenti a costituire la sfera larga del « potere ».

La storia ha bisogno del diritto per percorrere questa strada. Ma ha bisogno di un diritto capace di ritrovare la sua origine e la sua essenza di scienza sociale, ancor meglio di componente di quel complesso sistema di scienze sociali e dello Stato in cui si è realizzata la spinta di specializzazione corrispondente alla delineazione dei compiti sempre maggiori dello Stato contemporaneo e dei bisogni sempre più complessi della società contemporanea. Solo da quel « sistema » possono essere continuamente desunti i « luoghi comuni » capaci di orientare l'indagine scientifica di quel mondo variegato in cui solo può fiorire la libertà (o le libertà). Che è un mondo difficile da definire in positivo, ma che in negativo appare sicuramente delimitato dal fatto che esso non può consistere nell'alternativa secca fra individuo e Stato. La crisi dello Stato moderno, la straordinaria trasformazione (forse il venir meno) dell'idea e della pratica della sovranità sono indicatori incontroverti-

tibili della svolta in corso nella strutturazione dei rapporti costituzionali delle società evolute. Per fortuna la coscienza storica e storiografica di cui disponiamo ci suggerisce che l'antidoto alla riduzione assolutistica della politica al rapporto sovrano-suddito è già da sempre iscritto nel codice stesso della tradizione occidentale e consiste nel « valore » consociativo, nella profonda struttura della « simbiotica », come la chiamava Altusio.

È anche di conforto, almeno per me, constatare che l'interesse per i gruppi, le consociazioni, i corporativismi non è monopolio dei sociologi, degli economisti e dei politologi. Vi è uno spazio largo anche per gli storici, purché si ricordino di tanto in tanto di essere, come pure i giuristi, scienziati sociali.

BARTOLOMÈ CLAVERO

De una surgencia de Jacque Le Goff y de la que me parece idea motriz de la ponencia de Mario Sbriccoli quisiera aprovecharme; relacionándolas, conectaré con preocupaciones propias. Ha apuntado el primero que esta materia de la historia del derecho que estamos queriendo concebir y situar entre las ciencias sociales pudiera tal vez hallar su acomodo en el terreno de una antropología histórica; animaba por otra parte la exposición del segundo un evidente propósito de rehabilitación de la obra de los juristas tan descuidada por los historiadores, incluidos los del derecho, como testimonio de la sociedad pretérita o fuente para su estudio.

¿Qué relación puede darse entre aquella recomendación y este objetivo? La enunciare simplemente, antes de pasar a explicarme: la obra de los juristas, su doctrina o jurisprudencia, puede que constituya la antropología de la sociedad europea bajomedieval y moderna, entre los siglos XIV y XVIII, o quizá mejor, para la generalidad de los países, XV y XVII.

Sólo hablo de esta época; ante temas de esta envergadura, me siento incapaz de pronunciarme en términos más generales. Hablo sólo de la época del *ius commune*, de la jurisprudencia romano-canónica europea, ya entendiendo que socialmente es la de dichos siglos. Este primer y elemental dato suele ya ignorarse; el *ius commune* ciertamente es un fenómeno de gestación medieval, culturalmente propio de estos tiempos medios, pero lo es también de implantación moderna, socialmente representativo de los indicados siglos, cuando realmente rigió y arraigó, aunque ya la cultura enteramente no le arropase. Y repitámoslo: la jurisprudencia del *ius commune*, su cultura de tracto más tradicional, constituye la antropología social de la Europa altomoderna.

Y hay que explicarlo, no vaya a tomarse por una boutade, pues aún no se han publicado la actas del seminario de metodología histórico-jurídica de Barcelona, de noviembre de 1982, al

que llevé y donde se discutió un trabajo sobre esta precisa cuestión. Siento que mi personal reflexión metodológica no haya avanzado nada desde entonces y sea así poco más que un trailer de una película ya estrenada en otro festival, y todavía comercialmente por distribuir, lo que pueda aquí traer.

Comienzo por un repaso, permítaseme que muy elemental, del modo de operar de la antropología para aclarar ante todo a qué me estoy refiriendo al hablar de esta disciplina; sus operaciones ya se inician con una costumbre que especialmente nos puede interesar: la de viajar en el espacio — nosotros sería en el tiempo — sin equipaje. Me explico; sigo explicándome.

Parte el antropólogo de la costancia de que sus propias categorías pertenecen a un mundo que no es el de su objeto, debiendo en él permanecer; piensa que ahí ha de dejarlas al emprender su viaje para la investigación de campo; su objeto se lo agradecerá, pues desde ellas su comprensión no cabe. Pero dista mucho el antropólogo de ser un simple turista al que satisface la observación ingenua; habiendo prescindido de su propia cultura, busca hacerse con la ajena, que es la que sirve a la sociedad que estudia y la que ha de servir por tanto para su estudio; quiere apropiarse de esta otra mentalidad, de sus representaciones y elaboraciones culturales, no porque entienda que en ello estriba o que con ello se agota su investigación, sino porque tiene la experiencia, o al menos ya la tiene su disciplina, de que ésta es la mejor vía, si no la única, de penetración en el conocimiento y análisis de estructuras sociales distintas. Que la cultura, pero no la personal del investigador sino la estructural de su objeto, es la herramienta de la ciencia social.

Volvamos a casa, a Europa y a su historia. O hagamos todavía el viaje de retorno en la compañía de los antropólogos, que aún podrán servirnos de guía. Louis Dumont ha venido a considerar el homo aequalis que somos tras haberse más profesionalmente ocupado del homo hierarchicus que otros son; vino a interesarse por la antropología de su propia sociedad después de haberse especializado en otras, o en la antropología sin más según convencionalmente se entiende que sólo a otros corresponde. Así repercutiendo, se impone entonces la pregunta: ¿Dónde radica dicha propia antropología? ¿Cuál es la cultura que pueda servir

de herramienta epistemológica para el conocimiento y análisis de la sociedad europea contemporánea?

La respuesta podía esperarse: la economía política clásica; en ella se encuentran las claves, y habremos de entender que con toda la cultura que comporta o con todos sus satélites, esto es, a nuestros efectos, también el racionalismo jurídico de idéntica matriz que sobre todo se estructura como ordenamiento social en la codificación. Pero no es de por sí este derecho, sino en su misma subordinación a tal economía, lo que al estudio importa.

Se dirá que estamos en las mismas, que lo expulsado por la puerta se ha colado por la ventana. Pero ya hay sus diferencias, que conviene recalcar; ciertamente la misma cultura del investigador, en principio cancelada, ha venido a reponerse, pero con salvedades nada desdeñables: ha sido recuperada como instrumento analítico bajo control, y no en sus formas primarias de más espontánea proyección; y lo ha sido para el específico conocimiento de una determinada sociedad, y no en sus propias pretensiones bastante más imperialistas. La antropología que puede decirse económica sólo se corresponde a nuestra sociedad.

Así recluida, y así controlada, la mentalidad del mismo investigador, nuestra cuestión llega o puede entonces realmente plantearse: ¿Y la sociedad europea anterior a ésta que económicamente se comprende porque económicamente se estructura? ¿Cuál es su clave epistemológica? ¿Cuál su antropología, ya tampoco entonces económica? No enfrentarse ya directamente con la cuestión, tendiéndose ahora a proyectar a la misma historia europea las antropologías más exóticas como antes más incontinentemente se hacía con la propia antropología económica, es otro modo de seguir condenando a la profesión histórica a producir ensayo, que no desde luego ciencia.

Para venir a la historia europea tampoco hacen falta ni éstas ni aquellas alforjas; nos movemos todavía en territorio extraño, pero no ya ajeno. Para este movimiento habrá de recuperarse aquella antropología que sirve su propia sociedad: que sirviese para su articulación y hoy puede por ende servir para su entendimiento. Y no mantendré más el suspense, aunque ya desde el principio está cantado: dicha antropología, dicha cultura precisa para el conocimiento de la sociedad europea de los siglos XV a

XVII, es sencillamente la del derecho, pero la del derecho efectivo de aquella época, con sus raíces medievales y toda su capacidad de adaptación.

Es jurídica, y no económica, la antropología de aquella sociedad; en el derecho puede estar su clave epistemológica, en la jurisprudencia del *ius commune* de gestación medieval e implantación moderna, de un derecho precisamente nada codificable, con su panoplia particular y particularista de privilegios, con su peculiar conformación y coordinación de poderes y órdenes, con su característica sustracción de la determinación normativa al poder político, con su tradición cultural administrada por unos especialistas sin capacidad así tampoco para alguna creación propiamente dicha del derecho, ... o con su depósito realmente bien surtido de categorías que servían a la articulación y reproducción de aquella sociedad, ciertamente tan desaprovechado.

Los historiadores se resisten a reconocer esto que, de afrontarse, resulta una evidencia, cerrando sus ojos literalmente a ella: *Ius est, non legitur*; todavía se atiende la *lex*, pero raramente la *iurisprudencia*. Cuando este vacío de la propia antropología histórica europea últimamente se ha sentido, algo desde luego se ha amagado. Historiadores, por ejemplo, de la órbita o al menos de los aledaños de *Annales* ya han acudido a la literatura, y más bien a la religiosa como la de manuales de confesores, en busca de categorías correspondientes a aquel orden social, en sí o en algunos de sus capítulos como el de familia, extrayéndose conceptos ya jurídicos, pero imprecisos y desdibujados, pobres y raquíticos, habiéndoseles de añadir alguna imaginación.

Pero no hay nada que inventar, teniéndose la jurisprudencia, o lo está todo con ella por inventar: realmente por descubrir. Está el *homo iuridicus* por identificar, todo el complejo mundo de la cultura jurídica más orgánica de la sociedad europea post-medieval por revelar y por explotar. Otra literatura menos técnica es tan sólo un pálido reflejo, cuando no reproducción desfigurada por abstracción de mayor cultura o por divulgación de menor.

Y hablo por experiencia propia; me remitiré tan sólo al estudio sobre la doctrina fiscal moderna editado aquí precisamente, en el número sobre la persona jurídica de los *Quaderni*, ya que en él me interesaba particularmente el tema del sujeto

político, o más bien de los sujetos como allí resultaba. En su selva me introduje y al menos salí con vida, y creo que con suerte; desde tales perspectivas, pude reconstruir un conjunto complejo y trabado de categorías que iluminan bastante el sistema de señoríos, corporaciones y poderes de la Europa moderna, o que por lo menos lo esclarecen bastante más que los tradicionales tratamientos de la tipología histórica del Estado, ocurriendo que éste era concepto ya escupido por esta antropología política identificada en la doctrina jurídica. A esto me refiero cuando de ella hablo en términos de clave epistemológica, así interesante, más que en sí para una historia del derecho, como instrumento analítico para la ciencia histórica o social sin más, bien que desde luego de dicha determinada sociedad.

La historia europea moderna, en cuanto que quiere ser precisamente analítica o acercarse a un terreno de ciencia social, viene más bien girando sobre el vacío, o al menos en redondo, sobre alternativas y polémicas que antes o después acaban mordiéndose la cola, por esta razón y en esta medida a mi parecer de que viene ignorando la dimensión jurídica, clave epistemológica de aquella sociedad, que no por ello de otras. Es como si la historia contemporánea occidental se desarrollase sin un sustrato economicista, ya aportado por la mentalidad más espontánea del propio investigador en los mismos casos de inconsciencia metodológica. El reproche usual de perspectiva lastrada por su objeto que se dirige a la historia del derecho puede resultar especialmente sangrante cuando de la época del *ius commune* europeo se trata, sólo que esta disciplina tampoco es que habitualmente se produzca de forma que haga valer la virtud epistemológica de su materia.

Mas me temo que, aparte caprichos propios, nada sustancial con todo añadido. Me asalta la impresión de que, con otra retórica, repito un cuadro ya diseñado por Paolo Grossi en su misma disertación de apertura. Pero, al fin y al cabo, entre todos estamos intentando abrirnos paso, y espero que no girando en redondo, por un camino en cuya maleza se pierden las huellas solitarias. Un problema como el de la posición de la historia del derecho en el mismo interior de la ciencia social, pues a todos atañe, por todos debe ser solventado; también por nosotros, historiadores juristas, como conviene a menudo sorprendentemente recordar.

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

LA HUELLA DEL DERECHO Y DEL ESTADO
EN EL ÚLTIMO LIBRO DE F. BRAUDEL

1. No es fácil interpretar el silencio, ni es frecuente criticar un libro por lo que no dice, ni acaso sea lícito pedirle a un historiador o a una escuela que se ocupen de temas que ellos deliberadamente consideran exentos de interés. Sin embargo como historiador del Derecho y, en cuanto tal, de las instituciones me he sentido a menudo decepcionado por el silencio tal vez desdeñoso que hacia la especialidad de la Historia que cultivo se percibe como tónica dominante, por no decir unánime, en una escuela, la de los *Annales*, cuyos postulados teóricos acepto en parte, en unos historiadores como L. Febvre, M. Bloch, Braudel, Le Goff, a los que admiro sin reservas, y en una « Nouvelle histoire » que, dentro de esa misma línea, se programa y se cultiva.

Mi decepción se traduce en preguntas y en reflexiones críticas, que en este oportuno coloquio formularé centrándolas de modo principal, aunque no exclusivo, sobre la última gran obra de Braudel ⁽¹⁾. Bien entendido que, para explicarme sus silencios, acudiré a otros textos suyos y a afirmaciones contenidas en obras de la escuela en la que él se inserta. ¿Por qué ese silencio sobre el Estado y el Derecho? ¿Por qué una falta de atención a la Historia del uno y del otro?. ¿Cómo explicar su desinterés hacia la historia de las instituciones?. Naturalmente no se trata de un silencio absoluto, pues aquí y allá, en Braudel y en discípulos directos o indi-

(1) *Civilización material, economía y capitalismo. Siglos XV-XVIII*, Alianza Editorial, I, II y III, Madrid, 1984. En adelante citaré esta obra únicamente por la referencia al tomo y a la página. La corrección de la traducción castellana, debidamente revisada, y presentada por Felipe Ruíz Martín, así como comprensibles razones de comodidad creo que hacen disculpable que cite por ella y no por la versión original francesa.

rectos suyos, algo se dice sobre, por ejemplo, el Estado, y aun algo también, aunque menos, sobre el Derecho y su historia. Pero no puede negarse que en proporción casi exigua: y eso es lo que hay que explicar.

En todo caso, ni el Derecho ni el Estado son temas historiados por Braudel, los Annales ni la « nouvelle histoire ». A veces se los menciona « en passant », pero sin detener en ellos la atención. Por eso hablo en el título de esta comunicación de su huella, porque sólo eso queda del Derecho y del Estado en estos libros y en particular en el de Braudel: la huella de alguien o algo que pasó sin que quedara grabado en la mente del historiador, la huella de lo ausente. Observemos, como ejemplo reciente y sobresaliente de estas ausencias, el siguiente dato: en el « Dictionnaire de la nouvelle histoire » (1978)⁽²⁾ dirigido por Jacques Le Goff, no hay un solo artículo dedicado al Derecho, al Estado, a las instituciones ni a sus respectivas historias, y ello es cierto no sólo respecto a los diez « artículos esenciales », sino también a los 120 términos. Omisiones tan notorias no requieren mayor demostración, pero suscitan múltiples interrogantes.

La crítica, para ser honesta, debe contener también la auto-crítica. Algo de culpa tendremos el gremio de los historiadores que nos dedicamos al estudio de tales realidades para merecer silencios, omisiones y olvidos. No trato, por supuesto, de convertir mi intervención en una relación de agravios seguida de otra de confesiones, sino de buscar también en las limitaciones y deficiencias de las obras de historia del Derecho y de las instituciones algunas causas explicativas del escaso interés que suscitan en el citado ámbito de los Annales, y, al mismo tiempo, de reflexionar sobre cómo debemos superar posibles encastillamientos metodológicos para que historiadores juristas e historiadores no juristas, podamos encontrarnos, para trabajar libremente en ella, en esa frontera de la que hablaba en 1949 Lucien Febvre⁽³⁾.

(2) *La nouvelle histoire*. Sous la direction de Jacques Le Goff, Roger Cartier, Jacques Revel. Les encyclopédies du savoir moderne, CEPL, Paris, 1978.

(3) L. FEBVRE, *Combats pour l'Histoire*, ed. Ariel, Barcelona, 1970, p. 228.

2. Comencemos por algunos textos de Braudel que contienen ciertas alusiones al Derecho o a los juristas, para extraer de ellos alguna reflexión conclusiva.

Cada cual sólo encuentra lo que busca, o ve en lo que mira aquello que le interesa. Braudel nos refiere⁽⁴⁾ que en 1721, momentos antes de la ejecución de un reo condenado a muerte, le ofrecieron a éste una taza de café que él rechazó, porque dijo preferir un vaso de vino con un poco de pan. ¿Por qué condenaron a este Cartouche? ¿Qué pensaban quienes contemplan el espectáculo de su subida al patíbulo? ¿Cómo veía aquella sociedad la pena de muerte? ¿Con qué frecuencia se aplicaba? ¿Qué tribunal y tras qué tipo de proceso juzgó a Cartouche? Estas y otras cien preguntas no pasan por la mente de Braudel, que en tal episodio sólo percibe la anécdota relativa a la lentitud del progreso popular en el consumo del café.

Braudel nota que en una determinada ciudad había muchos juristas⁽⁵⁾ y sabe que desde el siglo XIV (¿no desde cien o doscientos años antes?) muchos hijos jóvenes de comerciantes de esta Florencia, a la que por cierto tanto ama y alaba, iban a estudiar derecho a la Universidad de Bolonia⁽⁶⁾. Pero ni le interesa saber qué hacían tantos juristas en Varzy, ni para qué les podía servir a los futuros comerciantes florentinos el Derecho que aprendieran, ni tampoco qué Derecho fuera el aprendido. Sabe que uno de los factores diferenciales del campesinado en Francia es el estatuto de la propiedad y de las personas⁽⁷⁾, y comprende que uno de los problemas durante la supresión de los regímenes señoriales es que las libertades campesinas hayan sido suprimidas o trastocadas⁽⁸⁾. Pero no dedica ni una sola línea a cuáles eran aquellos estatutos, y reduce las libertades campesinas en el proceso de abolición de señoríos a la supresión de los bienes comunales. Donde hay talento y hay información superlativas, sólo el desinterés explica la prisa y la superficialidad. De ahí la también superficial y drástica separación entre el Derecho, quiérese decir la norma legal, y la práctica,

(4) I, 217.

(5) I, 421.

(6) II, 351.

(7) II, 216.

(8) II, 212-213.

quiérese decir su incumplimiento. Tan cómoda y simplista separación le releva de todo análisis de los estatutos gremiales venecianos, o de las Leyes de Indias antes o después de su recopilación en 1680: de aquéllos basta con decir que « está el Derecho y está la práctica »⁽⁹⁾, y de éstas es suficiente con recordar que « es costumbre burlarse de las Leyes de Indias »⁽¹⁰⁾. ¿No late en tan estupendo desdén la convicción apenas callada de que el Derecho es un subproducto sin importancia y las leyes letra muerta?

En otras ocasiones la ausencia sobre temas jurídicos es absoluta y difícilmente justificable. Si en el primer tomo de su obra, a mi entender el más disperso y heteróclito, aunque quizá también el que muestra una información más diversa y asombrosa, se trata de reflejar « las estructuras de lo cotidiano », ¿no forman parte de tales estructuras algunas instituciones jurídicas tan cotidianas y tan materiales como el régimen de la propiedad o el sistema sucesorio o las más elementales instituciones penales?. Aquí la omisión me parece sencillamente arbitraria. Veamos en esta misma línea un ejemplo, el relativo al gobierno de las ciudades.

El extenso capítulo octavo del tomo I se lee con delicia. ¿Qué se dice en él sobre el papel del Derecho y de la autonomía de la ciudades del Occidente medieval?. Casi nada, poco más que alusiones aisladas a las « libertades reales o aparentes », media página sobre « las libertades urbanas », y una explicación justificativa de tanta brevedad: « Los historiadores de antaño insistieron demasiado en estas « razones de derecho » (para comprender la constitución de las ciudades en universos autónomos), ya que si pueden, a veces, colocarse por encima o al lado de las razones de tipo geográfico, sociológico o económico, éstas últimas tuvieron una importancia capital. ¿Qué es un privilegio sin sustancia material? »⁽¹¹⁾.

¿Y quién ha dicho, pregunto yo, que los privilegios no tuvieran sustancia material? Analicemos el texto. De su atenta lectura infero: a) para Braudel lo que él llama « razones de derecho » parecen consistir en formas puras desprovistas de « sustancia material »; b) a su entender poco tiene que ver el Derecho con las

⁽⁹⁾ III, 208.

⁽¹⁰⁾ II, 143.

⁽¹¹⁾ I, 447.

razones sociológicas o económicas explicativas de las autonomías urbanas medievales.

Pero ¿cómo es posible sostener, aunque sea de modo implícito, esas tesis tras haber leído y estar familiarizado, por ejemplo, con un clásico como Max Weber a quien tan bien conoce Braudel? ¿Cómo olvidar las magistrales páginas de Max Weber sobre la tipología de las ciudades, sobre el concepto y categorías de ciudad, las ciudades de Occidente, las ciudades de linajes (Venecia, por cierto) como sistema de gobierno o la « ciudades plebeyas », y el establecimiento autónomo del Derecho en ellas? ¿Cómo negar la simbiosis allí alcanzada entre esas perspectivas jurídica, sociológica y económica que Braudel disocia con omisión de la primera y en detrimento de la profundidad de su exposición? (12).

En el mundo del medioevo occidental quien se olvida de la perspectiva jurídica o la omite voluntariamente, corre el riesgo de incurrir en análisis brillantes, pero superficiales. El Derecho cumplía entonces una función constitutiva de la ordenación social. Se era lo que jurídicamente se era. Por supuesto que esto no significa infravalorar el sostén material causante de la prepotencia de los estamentos privilegiados. Pero el poder se expresa por el privilegio, y la sociedad, y más en concreto cada microcosmos social (corporación, gremio, señorío, ciudad, universidad, consulado, orden militar, orden religiosa etc.), se constituye jurídicamente. El Derecho, por decirlo con palabras aun recientes de Gurevič es una de las categorías fundamentales de la cultura medieval y por eso, entonces « un paese si costruisce sul diritto » (13). Prescindir de esta dimensión jurídica, sea al estudiar « la originalidad de las ciudades de Occidente » (14), sea al ofrecer una, pese a ello, preciosa exposición de conjunto de la civilización del occidente medieval (15), es incurrir en una amputación empobrecedora.

(12) M. WEBER, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1944, II, págs. 838 a 1046, y en especial, Págs. 987 y ss., 1014 y ss., 1024 y siguientes.

(13) A. JA. GUREVIC, *Le categorie della cultura medievale*, Torino, Einaudi, 1983, traducción de la edición de Moscu 1972, en especial págs. 163 a 223 bajo el título « un paese si costruisce sul diritto ».

(14) I, 446 y siguientes.

(15) J. LE GOFF, *La civilización del Occidente medievale*, ed. Juventud, Barcelona, 1969.

3. Creo que podemos distinguir conceptualmente entre las « instituciones instrumento » y las « instituciones sujeto ». Estas son las que, organizadas como personas jurídicas públicas o privadas con unidad de medios personales y materiales y con unidad de fines, actúan por sí mismas y son titulares de derechos y obligaciones: un Municipio, una Sociedad mercantil, el Estado pertenecen a esta categoría. Son « instituciones instrumento » aquellas de que se valen las personas jurídicas individuales o las « instituciones sujeto » para la satisfacción de sus necesidades e intereses a través de relaciones jurídicas: la propiedad, la letra de cambio, los contratos, el testamento serían instituciones de esta índole.

En el ámbito de las relaciones mercantiles Braudel es sensible a la importancia que en el desarrollo del capitalismo⁽¹⁶⁾ han tenido instituciones de uno y de otro tipo. Alude con frecuencia y siempre con fina sensibilidad (acaso más de « comerciante » que de jurista) a la letra de cambio, o al mutuo, o a lo que denomina « comercio de comisión », por no denominarlo « contrato » de comisión⁽¹⁷⁾. Dedicó también una síntesis magistral a las sociedades y compañías, tanto a las privadas, como a « las grandes compañías comerciales » con participación, no sólo una densa lección de historia del Derecho mercantil, sino la demostración (sin duda obvia) de la capacidad de Braudel para desarrollar también con maestría estos temas⁽¹⁸⁾.

No obstante, dijérase que el historiador no está atento aquí al marco jurídico de las instituciones (al Derecho) sino a su funcionamiento (a la práctica). La a mi entender equivocada dicotomía

⁽¹⁶⁾ No soy especialista en Historia de la economía ni pretendo abordar aquí el o los conceptos de capitalismo que Braudel ofrece en su obra, ni la ecuación capitalismo = capitalistas = comerciantes de un *Fernhandel*, que puede apreciarse en algunos pasajes. Guardo mis reservas al respecto. Comparto la reseña crítica de Carlos Martínez Shaw en el Suplemento de « El País » del domingo 10 de marzo de 1985. Igualmente comparto el juicio crítico de S. KINSER, *Capitalism enshrined: Braudel's triptych of Modern Economic History*, en *Journal of Modern History*, 53/4/1981, 673-682; eludo el terreno específicamente de la Historia económica, pero recogeré sin embargo más adelante alguna de las observaciones metodológicas de S. Kinser.

⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, III, 198-201.

⁽¹⁸⁾ II, 374 a 392. Lo mismo puede decirse respecto a II, 57 a 86.

subyace en su pensamiento. De ahí el silencio respecto a la regulación legal o consuetudinaria de las instituciones, que parecen actuar o ser empleadas por una suerte de concierto o acuerdo espontáneo entre los interesados, es decir, sin que nadie asesore técnicamente a propósito de la creación o el uso de tales mecanismos, sin que nadie resuelva jurisdiccionalmente las contiendas entre mercaderes sean éstos de esfera local o practicantes del *Fernhandel*. Incluso las instituciones jurídicas mercantiles parecen actuar o ser usadas como si el Derecho que las conforma, los juristas que las han estudiado y las otras instituciones jurídicas con las que componen un sistema no existieran. El Derecho y los juristas: un elemento y unos personajes no deseados, cuya presencia conviene disimular.

4. El significante « Estado » puede encerrar diversos contenidos. Fijémonos sin embargo en sólo dos conceptos de Estado. El primero de ellos equivale a cualquier tipo de organización del poder político. Según el otro, el Estado es el tipo de organización política de la modernidad europea occidental que surge a finales del siglo XV como proyecto o tendencia, y que se institucionaliza principalmente en las Monarquías absolutas a lo largo de los siglos XVI y siguientes. El primer concepto, por impreciso y amplísimo, no sirve como instrumento científico y, como decía Herman Heller, « se hace de imposible utilización »⁽¹⁹⁾. Conviene por lo mismo no desatender « la conciencia histórica de que el Estado, como nombre y como realidad (o, si prefieren ustedes, como palabra y como cosa⁽²⁰⁾), es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que en esa su moderna individualidad, no puede ser trasladado a tiempos pasados », es decir anteriores a esa frontera cronológica y geográfica⁽²¹⁾. El concepto de Estado es, pues, un

(19) H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, vierte unveränderte Auflage, Leiden, 1970, 125-138.

(20) B. GUENÉE, *L'Occident aux XIVe et XVe siècles. Les États*, P.U.F., 1971, págs. 60-63. FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII*, apud, *Historia de España*, ed. Espasa Calpe, tomo XXV. *La España de Felipe IV*, Madrid, 1982, págs. 1 a 214, en especial. sobre estos problemas, las páginas 3 a 19.

(21) H. HELLER, *Staatslehre...*, págs. 125-126, 129, 133 y siguientes.

concepto histórico en un triple sentido: porque surge en un momento dado, porque obedece a la necesidad de denominar una realidad entonces naciente y porque él mismo tiene su propia historia teorizadora. Olvidémonos de éste último aspecto, esto es, de la historia de la teoría del Estado, que aquí no interesa, y retengamos la idea de que a diferencia de los conceptos formales, los conceptos históricos « no expresan más que una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas », porque de otro modo se desnaturalizan y pierden su peculiaridad consistente en « su vinculación esencial a una estructura histórica » (22).

Braudel emplea el concepto amplísimo e impreciso de Estado, y se refiere así, por ejemplo, a « los grandes Estados del interior, Monomotapa, el Congo » del Continente negro en el siglo XVI (23); o al Estado de la India en los siglos XV al XVIII (24), aunque, al parecer, allí había los estados despóticos de la India, y no sólo el del Gran Mogol » (25); o a los Estados insulindios, existentes, al parecer, ya en el siglo XV (26); o al « Estado argelino » del siglo XVI (si entiendo bien el texto, como creo) (27). Por lo antes dicho, no encuentro ninguna ventaja en este empleo del término Estado fuera de su tiempo y de su espacio históricos.

Por otra parte, cuando Braudel se está refiriendo a la Europa de los siglos XV a XVIII, emplea, con relación al Estado un lenguaje metafórico un tanto desconcertante. Hay un « Estado incompleto » (precisamente el de la Francia de Luis XIV) (28); en el centro de cada economía-mundo se aloja siempre « un Estado fuera de lo común » (29); existió « un falso Estado colonial » (las colonias británicas en América); hubo « Estados mercantiles » (al parecer

(22) F. GONZALEZ VICEN, *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, págs. 207 a 257, especialmente pág. 208.

(23) III, 364-365.

(24) III, 418-422.

(25) III, 437.

(26) III, 440-442.

(27) III, 37.

(28) III, 33.

(29) III, 33.

Venecia, Holanda) y « Estados majestuosos » (Francia, España) y « Estados locales », como Polonia, donde « el Estado no es más que una institución carente de substancia »⁽³⁰⁾. En una ocasión, en este mismo contexto, parece que el Príncipe de los « Estados majestuosos » no forma parte del Estado, pues hablando de la política mercantilista se dice: « El Príncipe o el Estado que aplica sus preceptos... » Pero en la página anterior, en una frase que comparto, se dice que « el Estado ha sido durante largo tiempo una mezcla de monarquía carismática tradicional y organización moderna... »⁽³¹⁾. Finalmente, y en estas mismas páginas, parecen identificarse los conceptos Estado y « gobiernos fuertes »⁽³²⁾.

Digamos, por precaución, algunas obviedades. Cada historiador elige su tema y estudia aquellos aspectos de la sociedad que le interesan o que considera fundamentales y Braudel no ha escogido ni la política ni el Estado como realidades a historiar. Se comprenden y disculpan sus descuidos conceptuales y terminológicos, que contrastan con su acuidad conceptual en materias económicas. Sería, además, una impertinencia y una necesidad pedirle una atención preferente hacia lo que él considera muy secundario. Recordemos a estos efectos un texto sobre el que acaso convenga volver después desde otra perspectiva. « Yo no creo, por ejemplo, en la superioridad indiscutible y permanente de la historia política, en la sacrosanta primacía del Estado. Según los casos, el Estado puede determinarlo casi todo, o no hacer casi nada »⁽³³⁾. Frase, por cierto con la que manifiesto mi acuerdo, salvo en un punto sobre el que luego volveré: la latente identificación entre « política » y « Estado ».

5. Ahora bien: si se pretende hacer una historia global; si ésta consiste en el deseo de relacionar perspectivas diversas para enfocar la realidad social desde múltiples y convergentes puntos de vista y de entendimiento; si la globalidad « c'est simplement le désir, quand on a abordé un problème, d'en dépasser systemati-

⁽³⁰⁾ Todas las anteriores citas en III, 34.

⁽³¹⁾ III, 34 y 33.

⁽³²⁾ III, 33.

⁽³³⁾ II, 399.

quement les limites »; si ello debe ser así porque en historia no hay ningún problema « qui soit entouré de murs, qui soit indépendant »⁽³⁴⁾; y, finalmente, si en virtud del principio de « reciprocidad de perspectivas », tan importante no sólo para Georges Gurvitch sino para el propio F. Braudel⁽³⁵⁾, « se podría escribir las ecuaciones siguientes en todos los sentidos que se quiera: la economía es política, cultura, sociedad; la cultura es economía, política y sociedad etcetera »⁽³⁶⁾; si todo esto es así para Braudel, entonces sí que hay base suficiente desde la perspectiva teóricamente no desdeñable de la historia de las instituciones políticas, para pedirle una mayor atención respecto a cómo se forma el Estado, por qué y de qué modo se constituye y un mayor rigor terminológico al referirse a él. Entre otras razones porque la falta de esto que echo de menos en su admirable obra es causa de la pobreza de sus explicaciones a propósito de la relación entre capitalismo y Estado.

El interés de Braudel por la formación del Estado-ciudad y, luego, del Estado-territorial es decreciente. En « El Mediterráneo... », dedicó al tema un magístral y clásico capítulo del que destaco las siguientes ideas: *a*) el único rival del Estado-ciudad fue el Estado-territorial *b*) no es lo mismo éste que el Estado-nacional, término que rechaza, a veces, y frente al cual prefiere el de Estado-territorial; *c*) hay una correlación entre el tamaño y la riqueza del Estado-territorial y los « enormes gastos de la guerra moderna »; *d*) el auge económico de los siglos XV y XVI creó una coyuntura « tenazmente favorable » a esos « extensos Estados »; *e*) la crisis de finales del XVI y de la primera década del XVII hace atravesar a tales Estados « por un período de enfermedad », por lo que la década 1600-1610 parece « la hora propicia de los Estados medianos »; *f*) la aparición de nuevos tipos de « funcionarios públicos » con el adherido mecanismo de la venalidad de oficios públicos, la tensión entre el Estado y la tendencia a autonomías locales o regionales internas, y el esfuerzo (no siempre acompañado por el éxito) de lograr que las finanzas y el crédito se mantuvieran « al servicio del Estado »,

⁽³⁴⁾ F. BRAUDEL, *En guise de conclusion*, *Review* I, 3/4, Winter-Spring 1978, págs. 242-253, en concreto, pág. 245.

⁽³⁵⁾ I, 418.

⁽³⁶⁾ III, 28.

eran en aquella densa exposición las características de aquellos Estados ribereños del Mediterráneo entre las décadas finales del siglo XV y las primeras del XVII⁽³⁷⁾. En una de aquellas páginas — repito — magistrales, Braudel escribió: « Que un historiador combine política y economía en sus argumentos es algo que hoy parece una actitud muy razonable »⁽³⁸⁾. Consecuente con sus principios, la combinación fue allí recíprocamente enriquecedora para ambas perspectivas.

Pienso que aquel logrado equilibrio metodológico se descompensa en obras posteriores del mismo historiador. En su libro sobre las civilizaciones actuales, que él mismo subtitula « estudio de historia económica y social » y, por tanto, con ausencia de la perspectiva política, dentro de los capítulos dedicados a « las civilizaciones europeas », sólo se dedica a « la hora de los Estados llamados territoriales » un par de páginas. En ellas, simplificando las cosas y abandonando matices y honduras, se afirma, sin más, que « este Estado moderno nace de las necesidades nuevas e imperiosas de la guerra: la artillería, las armadas, los efectivos en alza, hacen que la guerra sea cada vez más onerosa. La guerra, madre de todas las cosas, *bellum omnium mater*, ha engendrado también la modernidad »⁽³⁹⁾. El papel que en la formación de una civilización, la europea, parece atribuir Braudel al Estado es, pues, mínimo y derivado.

En la monumental obra que constituye el objeto principal de nuestro comentario no llega a tal extremo, pero ni se ahondan las vías abiertas en « El Mediterráneo... », ni se construye una explicación teórica *a posteriori* de la relación entre Estado y capitalismo, aunque sí hay a este respecto afirmaciones sueltas y no siempre coherentes entre sí. Intentaré mostrar que esto es así y buscaré simultáneamente alguna explicación a este fenómeno del regresivo y empobrecedor interés de Braudel por el Estado y su historia.

⁽³⁷⁾ *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, FCE, I y II, 2ª ed 1976; me refiero en todas las citas al tomo II, Capítulo IV de la segunda parte, *Los Imperios*, II, págs. 9 a 68.

⁽³⁸⁾ *El Mediterráneo...*, II, 37.

⁽³⁹⁾ *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social*, ed. Tecnos, Madrid, 1966, capítulo XVI, pag. 284.

6. Para mayor claridad, enumeraré mis observaciones sobre puntos concretos que, aunque relacionados entre sí, merecen a mi entender, un examen por separado.

6.1. A continuación de un texto antes citado y que ahora retomo en parte para no aislar la nueva frase, Braudel escribe: «Según los casos, el Estado puede determinarlo casi todo o no hacer casi nada. Paul Adam, en el manuscrito mecanografiado de una Historia de Francia que va a publicar, anticipa que en mi libro sobre *El Mediterráneo* destaca la aplastante superioridad de la figura política de Felipe II. ¿No superpone él (entiendo yo: Paul Adam) su forma de ver un cuadro complicado?. De hecho, los sectores, los grupos, los conjuntos, no cesan de desempeñar un papel los unos con relación a los otros en una jerarquía que permanece en movimiento, en el interior de la sociedad global que los envuelve más o menos estrechamente, pero que nunca los deja enteramente libres »⁽⁴⁰⁾. Tengo la impresión de que aunque Braudel se defiende de la «acusación» en el fondo la acepta. En la sociedad global, que con certera expresión define como «el conjunto de los conjuntos», en donde todos se interpenetran y en la que sabemos que cualquier parcelación es artificial, pero necesaria, tanto por espíritu de sistematización como por ineludibles especializaciones del conocimiento de cada estudioso⁽⁴¹⁾; en esa sociedad que es en concreto la europea-moderna-occidental, Braudel disminuye su interés por la realidad estatal en relación con su primera gran obra, quizá porque ahora piensa que «con la modernidad, la primacía económica se hace cada vez mayor: ella orienta a los demás órdenes, los perturba e influye sobre ellos»⁽⁴²⁾. Yo no entro a discutir el contenido de verdad que pueda haber en la afirmación transcrita, però sí observo que esa tesis aparece no como el resultado de un estudio empírico, sino más bien como una teoría apriorística, de las que Braudel suele huir: al menos en teoría.

6.2. Braudel en una severa nota crítica a Otto Brunner reprochaba a éste lo que denominaba su «autoritaria dicotomía»

⁽⁴⁰⁾ II, 399.

⁽⁴¹⁾ Véanse las importantísimas páginas teóricas en II, 397-400.

⁽⁴²⁾ III, 30.

entre lo político y lo social, entre la Historia política y la Historia Social⁽⁴³⁾. No pretendo defender a O. Brunner. Pero ¿no puede explicarse la reacción de Braudel sobre esa dicotomía — que tampoco es total en el historiador alemán — por una tendencia suya a disolver « lo político » en lo « socio-económico »?

6.3. Conocida es la aversión de Braudel por la teoría y su resistencia a actuar como teórico o como filósofo⁽⁴⁴⁾; ya en uno de sus más importantes trabajos teóricos (pues los ha escrito y de calidad sobresaliente, como es obvio), Braudel, pese a su siempre respetuoso y admirativo diálogo con Marx, rechaza el marxismo porque « es un mundo de modelos », porque constituye el prototipo « del modelo en bruto, del modelo por el modelo »⁽⁴⁵⁾. Comparto el rechazo del « modelo en bruto ». Si cualquier modelo explicativo de cualquier problema, por ejemplo de la relación entre economía y política o más en concreto, de capitalismo y Estado, se considera como verdadero antes del análisis empírico de lo que han sido los procesos y los acontecimientos históricos reales, es claro que entonces el historiador queda reducido a un obediente artesano ocupado en demostrar lo que ya se sabía. La « experiencia » en el sentido de E.P. Thompson⁽⁴⁶⁾ es el antídoto más seguro frente a cualquier riesgo de idealismo, sea éste marxista o no⁽⁴⁷⁾. Abomino de todo dogmatismo y de toda filosofía de la historia que le señale al historiador la modesta tarea de comprobar empíricamente « quod demonstrandum est ».

Pero creo que el oficio de historiador consiste en « un diálogo entre las hipótesis y los hechos », en un « diálogo entre concepto y dato empírico »⁽⁴⁸⁾. Dentro de la tradición de la escuela de los

(43) F. BRAUDEL, *Sur une conception de l'Histoire sociale*, *Annales*, 2, april-juin 1959, 308-319.

(44) Apud *Review*, loc. cit., págs. 245-246.

(45) F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales: la longue durée*, *Annales*, 4, oct. dec., 1958, 725-753. Manejo la traducción española en F. BRAUDEL, *La Historia y las ciencias sociales*, con prólogo de Felipe Ruíz Martín, Alianza Editorial, Madrid, 1968: la cita en págs. 103-104.

(46) E.P. THOMPSON, *Miseria de la teoría*, ed. Crítica, Barcelona, 1981, en especial págs. 19-21, 172-174.

(47) E.P. THOMPSON, *Miseria...*, págs. 14-15.

(48) E.P. THOMPSON, *Miseria...*, págs. 155 y 67.

Annales, estas mismas ideas se han reiterado tantas veces que basta evocarlas con una sola cita de un texto clásico de Marc Bloch sobre la observación histórica y la necesidad de acudir a los hechos con un cuestionario previo ⁽⁴⁹⁾. Digámoslo de otro modo: con un modelo hipotético que la reflexión del historiador sobre la información empírica (el contenido de experiencia) que le proporcione su investigación, se encargará de verificar o de « falsar ».

Es decir: no hay, no debe, no puede haber observación pura, empirismo positivista, objetivismo químicamente puro. Todo historiador, y más si lo es de categoría insigne, lleva en su mente modelos, hipótesis, preguntas, conceptos. No hay un *prius* y un *posterior* netos respecto a la investigación, salvo en el caso de los historiadores dogmáticos a cuyo grupo, no hace falta decirlo, Braudel jamás ha pertenecido. Los conceptos, modelos e hipótesis se llevan en la mente, crecen y se consolidan con la investigación, son fruto de estudios historiográficos previos, propios o ajenos: pero no creo que se impongan como resultado imprevisto y acaso sorprendente al historiador.

Sin embargo, Braudel así parece dárnoslo a entender. Con referencia a su sugestiva metáfora de los tres pisos ⁽⁵⁰⁾, escribe: « De esta manera, un esquema tripartito *se ha convertido* (el subrayado es suyo) en el marco de referencia de una obra *que había concebido deliberadamente al margen de la teoría, de todas las teorías, bajo el signo exclusivo de la observación* (el subrayado es mío) concreta y de la historia comparada » ⁽⁵¹⁾.

Dejo a un lado cómo puede haber surgido este modelo o esquema como hijo de la observación no fecundada por el pensamiento. Fijo mi atención en la declaración, válida no solo para problemas de teoría aplicable al « conjunto económico », de que el

⁽⁴⁹⁾ M. BLOCH, *Introducción a la Historia*, trad. española de su *Apologie...*, FCE, México, 1952, págs. 54-55.

⁽⁵⁰⁾ Así la califica D. RICHET, *La place de Fernand Braudel dans l'historiographie d'aujourd'hui*, apud la obra colectiva *L'Histoire et ses methodes*, Presses Universitaires de Lille, Actes du Colloque Franco-Néerlandais de novembre 1980 à Amsterdam, Lille, 1981, pág. 43. Cfr. también sobre el texto que a continuación transcribo, las observaciones de S. KINSER, *Capitalism enshrined...*, pág. 675 y su nota 9.

⁽⁵¹⁾ I, 3.

autor ha querido tener su obra sin teorías previas. Aplico esta afirmación al campo del Estado y de su relación con otras realidades, y llego a la conclusión de que, sea por un deliberado abandono de hipótesis teóricas o sea por endeblez intrínseca de las que de hecho Braudel ha utilizado, su explicación del papel del Estado en relación con el mercado nacional, la guerra, la nación o el capitalismo resulta inconexa y decepcionante.

6.4. Braudel, tan rico en explicaciones innovadoras dentro del campo de lo que ha llegado a ser y ha sido el capitalismo, maneja pocas y pobres claves explicativas para comprender y hacernos comprender la relación capitalismo-Estado, o, más ampliamente economía-política. Estas claves pueden clasificarse así:

a) *La de que todo está relacionado con todo*, lo que sin dejar de ser cierto, no aclara mucho los problemas tanto si la afirmación parte de Gentil da Silva o de J.B. Say y es acoplada por Braudel⁽⁵²⁾, como si procede directamente de éste⁽⁵³⁾; porque es obvio que la economía afecta a todos los sectores de la realidad social y que todos ellos están en dependencia mutua. Lo interesante es dar un paso más y explicar cuándo, cómo y por qué un sector (y cuál) domina a los demás.

b) *La reciprocidad de las perspectivas*. Veamos algunos ejemplos.

i) « Las ciudades grandes tenían sus defectos y sus méritos. Crearon, repitamoslo, al Estado moderno, en la misma medida en que fueron creadas por él »⁽⁵⁴⁾.

ii) « Como siempre, la realidad es ambigua: el Estado crea la Nación, le da un marco, una entidad. Pero lo inverso es cierto y, por mil conductos, la Nación crea el Estado, le aporta sus aguas vivas y sus pasiones violentas »⁽⁵⁵⁾.

iii) « El Estado ¿ ha promovido o no el capitalismo? ¿ lo ha impulsado hacia adelante?. Incluso si hay reservas sobre la madurez del Estado moderno, si como consecuencia del espectáculo de la actualidad, se toman sus distancias con respecto a él, hay que darse cuenta

(52) III, 3.

(53) III, 191; III, 457; III, 528.

(54) I, 488.

(55) II, 482.

de que, entre los siglos XV y XVIII, el Estado concierne a todo y a todos, que es una de las nuevas fuerzas de Europa. Pero ¿el Estado lo explica todo, somete todo a su orden?. No, mil veces no. Por otra parte ¿no cuenta la reciprocidad de las perspectivas? El Estado favorece el capitalismo y acude en su socorro, sin duda. Pero invirtamos la afirmación: el Estado desfavorece el desarrollo del capitalismo que, a su vez, es capaz de estorbarlo. Las dos cosas son exactas, sucesiva o simultáneamente siendo siempre la realidad una complicación previsible e imprevisible » (56).

Me parece sanamente antidogmática la reciprocidad de perspectivas. Creo sin embargo que no sólo hay que enunciarla, sino ponerla en práctica. Ello obliga a examinar el capitalismo y su génesis desde la historia del Estado, para lo cual hay que estudiarla a fondo. Por lo demás, si no explicamos por qué, cuando y en qué medida una afirmación (A influye en o favorece a B) y su inversa (B influye en o favorece a A) son ciertas; y por qué y cuándo son ciertas simultánea o sucesivamente, corremos el riesgo de, por eludir todo dogmatismo y todo « modelo en bruto » (propósito siempre laudable), caer en un ocasionalismo tácito (57).

c) *La trivialidad inexplicada*. Como yo tampoco soy filósofo prefiero ejemplificar mi concepto (58) con algún texto de esta monumental obra:

i) « La explicación idealista, unívoca, que hace del capitalismo la encarnación de cierta mentalidad, no es más que la puerta de salida que utilizaron, a falta de otra, Werner Sombart y Max Weber para escapar al pensamiento de Marx. En justicia no estamos obligados a seguirlos. Sin embargo, yo no creo que todo sea material, o social, o relación social, en el capitalismo. Un punto queda a mi parecer fuera de duda: no puede proceder de un origen único y limitado; la economía, la política, la sociedad, la cultura y la civilización han tenido su participación. Y también la historia que a menudo dedide en última instancia en cuanto a las relaciones de fuerza » (59).

Tan significativo texto me sugiere tres observaciones. La primera, aquí ahora indemostrable, es que, sobre todo por lo que

(56) II, 482, Textos semejantes en I, 418 y en III, 30.

(57) III, 527.

(58) F. BRAUDEL, apud *Review*, loc. cit., pág. 245.

(59) II, 347.

se refiere a toda la obra de Max Weber, la explicación idealista que se le atribuye no es unívoca; tal atribución me parece, en justicia, simplificadora. La segunda es que no comprendo la personalización o personificación de « la historia », como oscuro sujeto decidente. La tercera observación, referida a las frases centrales del texto, consiste en subrayar su evidencia. Lo difícil, pero eso es lo que hay que hacer, estriba en explicar en qué ha consistido la participación de cada uno de los sujetos enumerados, lo que a su vez pone de manifiesto la necesidad de una cierta (veremos cuál) Historia política. Si no se explica ésto, el simple enunciado resulta trivial.

Algo semejante podríamos decir respecto a otro pasaje que, en aras de la brevedad, no transcribo ⁽⁶⁰⁾. En un tercer texto sucede algo parecido. Braudel afirma que es necesario que el lector escoja entre dos posturas: la de W. Sombart, consistente en pensar que « todo ha dependido del Estado — la modernidad de Europa, y de rebote, la del mundo, incluyendo en esta modernidad el capitalismo que es su producto y su causa eficiente » ⁽⁶¹⁾; y la otra postura, la de Braudel, que consiste en defender « lo inverso, el Estado inacabado, completándose como puede, no pudiendo ejercer él mismo todos sus derechos, ni cumplir todas sus tareas, obligado, de hecho, a dirigirse a otras personas (se refiere tanto a los prestamistas financieros como a los compradores de oficios públicos), sufriendo las consecuencias » ⁽⁶²⁾. Si la opción fuera real y necesariamente esa, el lector que soy yo escogería sin duda la defendida por Braudel con entusiasmo y se pondría a hacer la historia de ese Estado « in fieri » o inacabado, como con bella expresión lo denomina. Es esa visión del Estado la que incita a postular su historia, y la que todo historiador hace suya (aunque de nuevo sea reduccionista la atribución de una determinada concepción a Werner Sombart, poco conforme, por lo demás, con la que antes transcribí). Lamentablemente el propio Braudel no sigue siempre por ese camino ni es fiel a esa opción.

⁽⁶⁰⁾ I, 492.

⁽⁶¹⁾ Observe el lector en este inciso final otro ejemplo de perspectiva más que recíproca, circular o inversa.

⁽⁶²⁾ II, 478.

6.5. En efecto, otros textos, no lejanos a los anteriores hacen patente una visión del Estado que, por un lado, lo descalifica, y, por otro, lo petrifica. Para Braudel el Estado es un invasor⁽⁶³⁾ porque incide en el protocapitalismo de las ciudades, que, en Europa, durante cierto tiempo « han burlado al Estado territorial »⁽⁶⁴⁾, para, finalmente, vencer en la competición contra ellas⁽⁶⁵⁾. El Estado, en cuanto invasor que perturba el libre juego de mercaderes, financieros y otras especies de capitalistas urbanos, ha sido en ocasiones cómplice del capitalismo⁽⁶⁶⁾, pero en otras (cabe inferir que las más numerosas) ha sido « su estorbo, el único estorbo que puede a veces sutituirle, apartarle e incluso imponerle un papel que no hubiera deseado »⁽⁶⁷⁾.

Por eso, en definitiva, el Estado es un « personaje molesto si los hay, y eso desde siempre »⁽⁶⁸⁾. Desde siempre, sí, porque en el fondo siempre ha sido igual: « Remodelado, o incluso resueltamente nuevo, el Estado sigue siendo lo mismo de siempre, un haz de funciones, de poderes diversos. Sus tareas más importantes no varían apenas, si bien sus medios no cesan de cambiar »⁽⁶⁹⁾. De ser cierta tan ahistórica aseveración no valdría la pena en verdad esforzarse por escribir la Historia del Estado ni de las instituciones políticas que lo conforman en cuanto aparato de poder, pues no sería más que la historia de unos medios mudables para cumplir los fines apenas variables de un personaje molesto que, en el fondo, sigue siendo lo mismo de siempre.

Es un mérito de Braudel y de la escuela de los *Annales* la vinculación entre historia y actualidad, entre pasado y presente. En su ya citada reseña crítica a Otto Brunner, Braudel sostenía que « *le laudator temporis acti* n'est jamais sans arrière-pensées présentes »⁽⁷⁰⁾. No sé si me equivoco al percibir latente en la obra de Braudel su preferencia y acaso su nostalgia teórica (si se

⁽⁶³⁾ II, 448.

⁽⁶⁴⁾ I, 446.

⁽⁶⁵⁾ I, 447.

⁽⁶⁶⁾ III, 527.

⁽⁶⁷⁾ II, 321.

⁽⁶⁸⁾ III, 526.

⁽⁶⁹⁾ II, 448.

⁽⁷⁰⁾ *Sur une conception...*, pág. 316.

me permite la expresión) por el capitalismo de las ciudades libres de la Europa bajomedieval y renacentista: Florencia, Venecia, Génova. Tampoco sé si me equivoco al percibir en las diez últimas páginas de la obra que comento ⁽⁷¹⁾, más referidas al hoy que al ayer, la convicción en la pujanza del capitalismo, pese a su profunda crisis actual; la confianza en el entendimiento entre el capital « o al menos un cierto capital, el de las grandes empresas y monopolios » y el Estado; y la esperanza en que, para remediar tensiones, podrían bastar remedios morales, como la honestidad de los poderosos. Braudel desconfía del Estado: del actual y del pretérito. Braudel confía en el capitalismo: en el de hoy y en el de ayer. Dadas las ambiguas ⁽⁷²⁾, cómplices ⁽⁷³⁾ u hostiles ⁽⁷⁴⁾ relaciones entre capital y Estado, opta, como ciudadano actual y como historiador, por aquél, porque no ve en éste más que un poder cuya primera tarea es hacerse obedecer, la segunda « controlar de cerca o de lejos la vida económica » y la última « participar en la vida espiritual » ⁽⁷⁵⁾.

Lo dicho: personaje molesto. Mejor será estudiar a fondo el capitalismo, y que el Estado siga siendo no más que un punto de referencia aludido, pero no explicado.

7. Los argumentos *ad hominem* no son satisfactorios ni desde el punto de vista personal, ni desde un razonamiento teórico. En el primer sentido, es claro que cualquiera que sea la motivación subjetiva que induzca a alguien a pensar de un modo determinado, tales motivos deben ser siempre mercedores del máximo respeto. Si yo he argumentado aquí desde esa línea es porque el motivo en cuestión me parece de carácter ideológico y aunque no por ello es menos respetable, sí conviene desvelar ese tipo de « arrière-pensées ». Por otra parte, tales argumentos, como es obvio, sólo son esgrimibles, y aun eso, dentro de los límites dichos, frente a la persona en cuestión, y mi propósito era el de

⁽⁷¹⁾ III, 523-534.

⁽⁷²⁾ III, 527.

⁽⁷³⁾ II, 321.

⁽⁷⁴⁾ Ibidem.

⁽⁷⁵⁾ II, 448-449.

superar la glosa de ideas y silencios de Braudel para enlazar con el análisis de algunas coordenadas más generales dentro de los *Annales*. Abandonada, pues, esa senda, adentrémonos por otro camino, para indagar por qué razones (o sinrazones) metodológicas se puede explicar dentro de la tradición teórica de la escuela de los *Annales* lo que yo considero un desinterés no justificado por lo que ya desde ahora voy a denominar Historia constitucional del Estado, y por la Historia del Derecho, disciplinas, por cierto separables entre sí, aunque yo considero que la primera es una parte de la segunda ⁽⁷⁶⁾.

Hay tres textos, uno de Marc Bloch y dos de Braudel, todos concernientes a la Historia del Derecho, que siempre me han llamado la atención. En un extenso párrafo Marc Bloch, tras algunas reflexiones, venía a concluir que « en el sentido estricto de la palabra, el derecho es, pues, la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas ». Tras una justificada negación de la razón de ser de la Historia del Derecho, Marc Bloch, en un tono entre benévolo y concesivo, concluía, generosamente, así. « En suma, la Historia del Derecho podría no tener existencia aparte, como no fuera la Historia de los juristas; lo que no es para una rama de la ciencia humana, tan mala manera de existir » ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Este es un debate en el que aquí y ahora no es necesario, ni acaso conveniente, entrar. Mi opinión cfr. en F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 4ª ed., 1983, páginas 36 a 70.

⁽⁷⁷⁾ M. BLOCH, op. y ed. cit., págs. 115-116: « He aquí, por ejemplo, la Historia del Derecho. La enseñanza y el manual, que son admirables instrumentos de esclerosis, han vulgarizado el nombre. Una regla de derecho es una norma social, explícitamente imperativa; sancionada, además, por una autoridad capaz de imponer el respeto que se le debe con la ayuda de un sistema preciso de coacciones y de penas. Prácticamente, tales preceptos pueden regir las actividades más diversas; pero no son los únicos que las gobiernan; obedecemos constantemente en nuestra conducta diaria, a códigos morales, profesionales, mundanos, muchas veces más imperiosos que el Código a secas. Por otra parte, las fronteras de éste oscilan sin cesar; y por estar o no comprendida en él, una obligación socialmente reconocida puede recibir mayor o menor fuerza o claridad, pero evidente-

El segundo texto que quiero recordar aquí aparece en la lección inaugural de F. Braudel leída por él en el Collège de France en 1950, esto es, en uno de sus más solemnes escritos programáticos. Allí nos dijo: « La vida, la historia del mundo, todas las historias particulares se nos presentan bajo la forma de una serie de acontecimientos: entiendase, de actos siempre dramáticos y breves. Una batalla, un encuentro de hombres de Estado, un importante discurso, *una carta fundamental*, son instantáneas de la historia »⁽⁷⁸⁾.

El tercer texto a comentar dice así: « los vínculos primitivos de parentesco, los mitos, los ceremoniales, *las instituciones* pertenecen al flujo más lento de la historia »⁽⁷⁹⁾.

En este tríptico creo encontrar las siguientes ideas semiocultas: *a)* un reduccionismo del Derecho y de su Historia al elemento técnico que lo constituye; *b)* un cierto desdén hacia él, como

mente, no cambia de naturaleza. En el sentido estricto de la palabra el derecho, es, pues, la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas. ¿Bastará alguna vez enumerar, unos tras otros, los artículos de cualquier derecho familiar, trátese de la pequeña familia-matrimonial de hoy, con sus perpetuas sístoles y diástoles, o del gran linaje medieval, esa colectividad cimentada por tan tenaz reo de sentimientos y de intereses? Parece que, a veces, se ha creído así; con tan decepcionantes resultados que aun hoy nos es imposible rehacer la evolución íntima de la familia francesa. Hay sin embargo algo exacto en la noción del hecho jurídico, en cuanto distinto de los demás; y es porque en muchas sociedades la aplicación y en una gran parte la elaboración misma de las reglas de derecho han sido obra de la incumbencia de un grupo de hombres relativamente especializado y en este papel (que sus miembros podían desde luego combinar con otras funciones sociales) suficientemente autónomo para poseer sus propias tradiciones, y, muchas veces, hasta la práctica de un método de razonamiento particular. En suma, la historia del derecho podría no tener existencia aparte; como no fuera la historia de los juristas; lo que no es, para una rama de la ciencia humana, tan mala manera de existir. Comprendida así, lanza sobre fenómenos muy diversos, pero sometidos a una acción humana común, luces muy reveladoras en su campo necesariamente limitado ».

⁽⁷⁸⁾ F. BRAUDEL, apud *La Historia y las ciencias...*, ed. española cit., pág. 27. El subrayado es mío.

⁽⁷⁹⁾ F. BRAUDEL, op. y loc. ultimamente citado, p. 125. El subrayado es mío.

reacción sin duda contra una excesiva valoración, principalmente por la Escuela Histórica del Derecho alemana y por sus seguidores, de la importancia del Derecho y de su Historia; c) la sorprendente inclusión de una norma jurídica legal — carta fundamental — cuya razón de ser, cualquiera que sea su contenido, es la de durar en el tiempo indefinidamente, dentro de una serie de hechos singulares, esto es de « instantáneas de la historia », lo que significa confundir una norma con el hecho y el momento de su promulgación; d) la correcta inclusión de las instituciones en el área del tiempo lento, pero sin percatarse de lo que en muchas (ciertamente no en todas) las instituciones sociales hay de elemento jurídico, y sin percibir la indefinición teórica que consiste en situar una carta fundamental entre los acontecimientos, y las instituciones (por ejemplo las reguladas en tal carta) en el flujo más lento de la historia.

Quizá un diálogo entre los discípulos de Braudel, destinatarios y receptores de esas (y de otras mucho más profundas) ideas y quienes estudiamos Historia del Derecho o Historia de las instituciones políticas pueda ser fecundo. Para ello creo que como requisito previo sería necesaria alguna reflexión sobre qué cosa sea la Historia política, más allá de la reiteración tópica de ciertos « clichés » escolásticos al respecto.

8. En efecto, en la relación entre Historia política, Estado, Derecho y acontecimientos políticos reside, a mi juicio, uno de los principales equívocos de la escuela de los *Annales*.

Como ha escrito con pleno acierto Hayden White⁽⁸⁰⁾, conviene subrayar el hecho de que el rechazo de la escuela de los *Annales* respecto a la Historia narrativa se debe tanto a su desagrado por su materia política, como por su convicción de que la forma de tal Historiografía es intrínsecamente novelesca o dramática en lugar de ser científica. La Historia política, por su contenido (hechos políticos), y por su forma (Historia narra-

⁽⁸⁰⁾ H. WHITE, *La questione della narrazione nella teoria contemporanea della storiografia*, trad. italiana, apud *La teoria della storiografia oggi*, a cura di Pietro Rossi, Il Saggiatore, Milano, 1983, págs. 33-78; el texto en pág. 44.

tiva), es pseudo-ciencia, es « pseudo-histoire ». Recordemos, entre decenas de textos, dos de Jacques Le Goff. En la « nouvelle Histoire », obra enciclopédica como sabemos dirigida por él, y en el extenso artículo correspondiente a esa voz, Le Goff evoca la lucha contra la Historia política como una de las fecundas tareas llevadas a cabo por Lucien Febvre, y Marc Bloch entre 1924 y 1939, y desarrollada por otros historiadores de la escuela en fechas posteriores: « L'essentiel, pourtant, est cet appel à une histoire profonde et total. D'abord briser cette histoire pauvre solidifiée, à la croûte trompeuse de pseudo-histoire »⁽⁸¹⁾. En otra ocasión el mismo historiador ha escrito: « La escuela de los *Annales* es fuertemente contraria al trío formado por la historia política, la historia narrativa y la historia-crónica o episódica (« évènementielle »). Para esta escuela todo eso es pura y simplemente pseudo-historia, historia de cuatro perras, una tarea superficial »⁽⁸²⁾. Tanto desdén y tan fácil equiparación entre los tres elementos componentes de ese trío o tríptico me parecen difícilmente justificables. De ahí que sean puestos a discusión con cierta frecuencia.

En primer término, ha pasado el tiempo del desdén para la historia narrativa. Digo ésto no sólo por la existencia de un cierto « revival » de la narrativa⁽⁸³⁾, sino porque siempre he creído que en el concepto mismo de historia narrativa, como equivalente a historia científica, hay mucho de falso progresismo. La estructura diacrónica de la realidad humana, presente y pasada, no desaparece por más que prestemos la debida atención a las conexiones sincrónicas, dentro de una misma sociedad, de las

⁽⁸¹⁾ J. LE GOFF, op. y loc. cit., pág. 216.

⁽⁸²⁾ Lamento no conocer directamente el texto y pido disculpas por ello: lo tomo y lo traduzco del italiano al español, consciente del riesgo de tanta mutación idiomática, del trabajo de H. WHITE, *La questione...*, nota 20.

⁽⁸³⁾ Me refiero, claro es, al conocido artículo de L. STONE, *The revival of narrative: reflections on a new old history, Past and present*, noviembre 1979, nº 85, págs. 3 a 24. Véase el debate subsiguiente: J. HOBBSBAWM, *The revival of narrative: some comments, Past and present*, nº 86, febrero 1980, págs. 3-8; P. ABRAMS, *Hisstory, sociology, historical sociology*, en la misma revista, nº 87, mayo 1980, págs. 3-16.

distintas estructuras, o de los diferentes subsistemas o conjuntos (la sociedad, conjunto de conjuntos) que la constituyen. Y esa diacronía exige una exposición narrativa, no consistente en la mera yuxtaposición cronológica (lo que sería hacer crónicas y no historia) sino en la indagación de « la trama »⁽⁸⁴⁾ que enlaza y permite explicar el paso de una institución a otra, de una sociedad a otra, de una economía mundo a otra. Una historia, o una filosofía estructuralistas me parecen sospechosas de inmovilismo y de determinismo. Pienso, como Thompson, que « cuando un historiador se enfrenta al estructuralismo, debe olfatear el ambiente y oler el conservadurismo »⁽⁸⁵⁾. Pienso, que la historia es proceso con sujeto⁽⁸⁶⁾, que lo propio del historiador es el análisis del cambio a lo largo del tiempo⁽⁸⁷⁾, y pienso, finalmente que ese cambio puede ser examinado en su propio *tempo*, que es el de la *longue durée*, entre otros terrenos y sectores, en el de la Historia de las instituciones jurídico-políticas o *Verfassungsgeschichte* como « Historia posible » integrante de la Historia total o global y desde luego diferenciada de la tampoco despreciable Historia política o Historia de los acontecimientos políticos. Una incongruencia metodológica nunca explicada es ésta: si « la Historia es la suma de todas las historias posibles »⁽⁸⁸⁾ ¿cómo se justifica la eliminación, hasta el punto de negar su misma entidad, de la Historia política? ¿Y cómo caer en la tosca simplificación de identificarla con la Historia constitucional, de tanta tradición no sólo en el mundo germánico, contra el cual parece dirigirse siempre la escuela de los *Annales*, sino también en el británico? En un ponderado trabajo, Jacques Julliard considera injusto que se condene bajo un mismo vocablo distintos tipos de Historia política « realmente diferentes », o que se mire « with the same disdain » formas de hacer historia diferentes entre sí, sólo por el hecho

⁽⁸⁴⁾ H. WHITE, *La question...*, págs. 60-61.

⁽⁸⁵⁾ E.P. THOMPSON, *Miseria...*, pág. 125.

⁽⁸⁶⁾ ¿Donde ha quedado en la escuela de los *Annales* el primigenio humanismo, el canto al hombre de carne y hueso de que están llenas las páginas de Lucien Febvre y Marc Bloch?

⁽⁸⁷⁾ E.P. THOMPSON, *Miseria...*, capítulo X, 118 y ss.

⁽⁸⁸⁾ F. BRAUDEL, *La Historia...*, pág. 75.

de que se acostumbre usar para todas ellas el mismo rótulo o una misma etiqueta⁽⁸⁹⁾.

A mi entender, en eso, en el uso de una cómoda y nada científica etiqueta común reside el error de la escuela de los *Annales*. Los diferentes tipos posibles de Historia política pueden ser o no denominados con los nuevos o renovados rótulos que emplea Julliard: no es esa una cuestión a discutir⁽⁹⁰⁾. Lo importante a señalar es que nada justifica la exclusión de una Historia de las instituciones políticas o *Verfassungsgeschichte*, sin que la resurrección del término germánico autorice a una ya periclitada enfatización del predominio de lo político. ¿No fue « *La Société féodale* » una magnífica obra de historia institucional, de Historia de instituciones políticas en sus raíces sociales?⁽⁹¹⁾ ¿Por qué, pues, olvidar el ejemplo del maestro? ¿Por qué no incluir entre los territorios de los nuevos historiadores de la « nouvelle Histoire » el de la Historia política, al menos en su forma concreta de Historia de las instituciones políticas?⁽⁹²⁾ ¿Por qué esforzarse más en eliminar algo que en renovarlo? ¿Por qué omitir la perspectiva del historiador del Derecho y de las instituciones, si el suyo es un oficio y un punto de vista de ayer, de hoy y de mañana?⁽⁹³⁾.

9. Las enunciadas al final del párrafo anterior son preguntas con más fácil rectificación que respuesta. Para avanzar en ese camino sugiero que reflexionemos sobre las siguientes observaciones, que para mayor claridad enumero por separado.

(89) *The New History. The 1980s and Beyond. Studies in interdisciplinary History*, edited by Theodore K. Rabb and Rebert I. Rotberg, Princeton University Press, 1982; J. JULLIARD, *Political History in the 1980s. Reflections on its present and future*, págs. 29 a 44; el texto en pág. 31.

(90) J. JULLIARD, *op. cit.* en nota anterior, habla de a) political History as narrative History; b) political History as a system of explanation (id est. lo político, como explicación dominante); c) political History as sociology of power; d) political History over the long term: págs. 32 a 41.

(91) En términos semejantes, cfr. T. STOIANOVICH, *The Annales paradigm*, Cornell University Press, 1976, pág. 91 y ss.

(92) H. COUTEAU-BEGARIE, *Le phenomene « Nouvelle-Histoire ». Strategie et ideologie des nouveaux historiens*, Economica, Paris, 1983, págs. 130-158.

(93) F. BRAUDEL, *La Historia...*, pág. 75.

Primera. No existe una « Historia general » y unas ramas o especialidades entre las cuales la Historia del Derecho tuviera que obtener carta de naturaleza. Ni existen tampoco unos historiadores « tout court » y unos historiadores-juristas defensores, frente a aquéllos, de sus discutidos derechos de ciudadanía. Tampoco hay unos historiadores de la totalidad, y otros, inferiores, de las partes. Los historiadores del Derecho y de las instituciones cultivamos una perspectiva necesaria para el entendimiento de las sociedades pretéritas, y debemos decirlo y hacerlo sin mala conciencia, sin complejos de inferioridad sustitutivos de periclitados imperialismos, hoy detectables en algún otro tipo de Historia. No hay « historiadores auténticos » y discutibles historiadores del Derecho. Para contribuir a una Historia global, que es una utópica integración de perspectivas convergentes siempre *in fieri*, toda Historia parcial (y toda Historia es parcial) es necesaria. La que nosotros hacemos, también lo es.

Segunda. La Historia del Derecho no debe ser entendida, según proponía Savigny, como una historia de los dogmas⁽⁹⁴⁾. Así delimitada se ha practicado, y acaso aún se practica en algún país de forma dominante. Reduciendo el Derecho a sistema de conceptos y/o sistema de normas en las que los conceptos se traban entre sí, es lógico que se produzcan reacciones de desinterés e incluso de fastidio por la Historia de ese objeto. El historiador del Derecho ha de esforzarse celosamente por no incurrir en ninguno de estos dos errores epistemológicos: ni identificar como objeto de su estudio la legislación y los dogmas, ni disolver su objeto específico, el Derecho, en un politicismo o en un sociologismo difusos y carentes de rigor.

Tercera. La norma jurídica y el elemento técnico son los que integran el núcleo de la realidad jurídica. Pero el Derecho es poder, ideología, pensamiento técnico. El Derecho se crea desde el poder y por quienes tienen poder; con él se buscan en ocasiones soluciones de consenso social; con él se imponen o protegen unos intereses sobre otros. Pero también conviene re-

⁽⁹⁴⁾ F.C. von SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1826, IV, págs. XIV y XV.

cordar que « todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten »⁽⁹⁵⁾. Además, toda norma y todo ordenamiento se presentan como justos, se legitiman desde un determinado enfoque ideológico y afirman implantar un contenido axiológico conforme con creencias o valores socialmente dominantes. Y todo ello se expresa en un lenguaje específico, que en unas épocas es simbólico o mítico, en otras contiene *topoi*, *loci communes* o *loci ordinarii* y discursos retóricos, y en nuestro tiempo trata de ser un lenguaje técnico, lógico y sistematizado. El historiador del Derecho no puede reducirse al estudio del concepto nuclear de Derecho, sino al de este otro concepto más amplio a través del cual es fácil percibir el arraigo del Derecho en otros sectores de la sociedad, explicar cómo se crea en función de luchas de intereses y de opciones tomadas desde el poder (el del Estado o el del señor feudal o el de los órganos de gobierno de una ciudad etcetera) y comprender el significado de una norma o de una institución determinadas dentro de una sociedad, o la función del ordenamiento jurídico en ella. Así entendido, el cambio del Derecho no puede explicarse en virtud de una dinámica inmanente, sino en función de impulsos, necesidades, exigencias y opciones procedentes de esos sectores de la realidad social que constituyen el objeto ordenado por el Derecho.

Cuarta. Es necesario un conocimiento mutuo entre historiadores del Derecho y más en concreto de las instituciones jurídico-políticas e historiadores vinculados a la escuela de los *Annales*. La feliz convocatoria de este « incontro » significa un primer e importante paso para el conocimiento personal, pero éste no es suficiente. Los historiadores nos conocemos leyéndonos. El merecidísimo prestigio que en su calidad de historiadores sobresalientes tienen hombres como los tantas veces aquí citados, nos ha obligado a conocer sus obras a quienes, aunque no hagamos el tipo de historia que ellos cultivan, tenemos interés por las cuestiones metodológicas e interés por la historia rigurosa que

⁽⁹⁵⁾ R. von IHERING, *La lucha por el derecho*, trad. esp. D.A. de Santillán, con prólogo de Leopoldo Alas Clarin, 1957, pág. 45.

hombres como Braudel, Le Goff, Le Roy-Ladurie, Chaunu etcetera, practican. Dudo de que estos historiadores o sus discípulos conozcan lo que ahora se escribe en Europa bajo los rótulos académicos, siempre convencionales, de la Historia del Derecho o de la Historia de las instituciones o de la Historia del pensamiento jurídico. El conocimiento disiparía malentendidos.

Quinta. Cuando se estudia la historia del pensamiento jurídico no se analiza éste aislado, como técnica pura, disinteresada y desvinculada, sino como parte importante de la filosofía, la cultura y la ideología dominantes. Revistas como *Ius Commune* o los *Quaderni fiorentini*, por no citar nombres de personas, ponen de manifiesto mi anterior afirmación. La « especialidad » se cultiva, pues, con las ventanas abiertas. Cuando se quiere comprender y explicar (las dos cosas, no excluyentes por cierto) el papel de los juristas en una sociedad determinada, no se estudia una mera lista de nombres integrantes de tal o cual institución, como si para el conocimiento de las instituciones *bastara* con saber la procedencia sociológica de quienes las integran; sino que se examina el funcionamiento institucional de los juristas, desde dentro de las instituciones, actuando en ellas, hasta recomponer, en su caso, una « republica dei togati ».

Sexta. La Historia del Derecho no puede contentarse, como admitía Marc Bloch, con ser la Historia « de un grupo de hombres relativamente especializado ». Si el elemento técnico no es el único que constituye el Derecho, tampoco « los técnicos » o especialistas son lo único, ni siquiera lo más interesante. Una Historia gremial de los juristas, o una sucesión de biografías de los más destacados especialistas no es lo que nosotros hacemos, ni podría hacerse respecto a determinadas épocas. Marc Bloch, que ha escrito, al parecer sin darse cuenta de que hablada en prosa, magníficas páginas de Historia de las instituciones, ha hecho Historia del Derecho. Fernand Braudel en las páginas antes comentadas ha estudiado y reinterpretado con su habitual lucidez obras de Historia de instituciones mercantiles, *id est*, de Historia del Derecho.

Séptima. Si el Derecho es manifestación de poder y su referente obligado es el poder político, el estudio de las institu-

ciones jurídicas, en especial el de las de naturaleza política, no puede desvincularse de la Historia política, pero no puede confundirse con la vieja y desacreditada « Histoire événementielle » o de los acontecimientos políticos superficiales. En la Historia de las instituciones hay que atender a la indisociable y dinámica relación entre su forma (las normas jurídicas) y su contenido, que en algunas tendrá un dominante carácter político, en otras económico, en otras represivo etcetera. Muchas de estas instituciones (propiedad, familia, régimen sucesorio) suelen ser muy duraderas; otras, no tanto. Todas guardan conexiones horizontales o sincrónicas entre sí. Todas cambian. Una formación social determinada cristaliza en un determinado sistema de instituciones jurídicas. Que esa no sea ni la realidad única, ni la primaria, ni la más importante, ni la que determina a las demás, es algo muy fácil de admitir. Que sólo merezca desdén y olvido, es otra cosa muy distinta. La Historia de las instituciones no se cultiva hoy con el ánimo « imperialista » perceptible y criticable con toda justicia en algunos hegelianos miembros de la Escuela Histórica del Derecho. Superado también este escollo arcaico, la Historia de las Instituciones es un campo donde podemos pacíficamente encontrarnos especialistas de diversas procedencias. Espero que así sea.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

L'OBSTACLE ÉPISTÉMOLOGIQUE PREMIER
DE L'HISTORIEN DU DROIT

L'histoire du droit se constitue comme science dès qu'elle analyse la rationalisation juridique des rapports de force sociaux pour révéler les implications historiques de la tradition juridique, à savoir le classement social juridiquement établi à l'intérieur du champ du droit. Au lieu de se confier aux représentations savantes de la pratique juridique, il s'agit de se défaire des réifications conceptuelles du droit en vigueur. Ce qui est à détecter, c'est la logique sociale du savoir juridique à laquelle les techniciens du droit obéissent en s'efforçant de mobiliser la croyance dans l'ordre juridique, en dernière instance arbitrairement imposé, et de conserver, voire d'augmenter du même coup un capital symbolique dont dépend leur propre position sociale, elle-même fonction de leur valeur sur le marché des spécialistes de la médiation sociale.

Eu égard aux derniers échec méthodologiques, aux vains efforts pour réorienter le travail des professionnels de l'histoire du droit, la tâche esquissée ne peut pourtant pas convaincre de la nécessité d'une analyse scientifique de l'évolution du droit savant en Europe occidentale, à moins qu'une telle sociologie historique du pouvoir juridico-symbolique se base en même temps sur une analyse sociologique des fondements sociaux de l'indifférence générale envers des projets comparables. Et ceci est d'autant plus nécessaire qu'il faut compter avec la résistance ouverte, des stratégies défensives, des mesures discriminatoires, bref: des actes de censure ayant comme auteurs les historiens monopolisant ce secteur du champ juridique. Car, avec Gaston Bachelard et Pierre

Bourdieu (1), on notera que tant qu'une nouvelle épistémologie ne s'applique à saisir, avant tout, la logique profondément sociale de l'erreur pour construire ensuite la logique de la découverte sur la rectification permanente et méthodique de cette même erreur, tout renouvellement scientifique des recherches historiques en histoire du droit se voit aussitôt condamné à l'échec. A cet effet, la méthodologie historico-juridique ne fait pas d'exception à toutes les méthodologies abstraites, parce que choisies d'une manière aléatoire. Raison suffisante pour reprendre, systématiser, approfondir, et illustrer d'autres exemples un des thèmes directeurs d'une sociologie de l'historiographie juridique à écrire: l'obstacle à la connaissance scientifique que représente l'excès de proximité contre lequel Pascal nous mettait déjà en garde. Quant au contexte méthodologique de la rupture nécessaire avec l'expérience devenue trop familière, il suffit de renvoyer à notre projet d'inscrire l'histoire du droit des temps modernes dans le modèle théorique offert par la sociologie culturelle de Pierre Bourdieu (2).

Tout incline à penser que ce retour réflexif sur les contraintes spécifiques de la pratique quotidienne de l'historien-juriste prépare d'autant le dialogue avec la nouvelle anthropologie historique telle qu'elle est originaire du monde anglosaxon, français et allemand. Fusion de l'histoire, de la sociologie et de l'anthropologie, ses concepts incitent, la discussion ouverte, à repérer le propre devoir de l'historien du droit: tâche tant de fois évoquée, dernièrement, pour la définir une fois de plus au sens de l'histoire traditionnelle, au lieu de la redéfinir selon les possibilités contemporaines se prêtant à reconstituer l'Histoire du droit. Compte tenu que la « Nouvelle histoire » tend à abandonner, au profit des études des

(1) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, 1980¹¹, p. 13 ss. (La notion d'obstacle épistémologique, p. 22 ss. (Le premier obstacle: l'expérience première); P. BOURDIEU, *Le métier de sociologue*, Paris-La Haye-New York, 1980³, pp. 11 ss. (14), 17 ss., 125-129 (Durkheim); BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris, 1984, p. 11 ss.

(2) J.-M. SCHOLZ, *Eléments pour une histoire du droit moderne*, in J. CERDÁ RUIZ-FUNES - P. SALVADOR CODERCH (eds.), *Primer Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, 1985, p. 423-524.

pratiques de domination culturelle, aussi bien les modèles d'explication économiste qu'une histoire sociale se contentant de données apparentes, elle devrait compter parmi les interlocuteurs privilégiés. Elle doit, de toute façon, occuper une place bien avant une soi-disant science juridique mise à jour, vu les mauvaises expériences faites par l'histoire de l'Histoire des systèmes juridiques en raison de leurs relations commodes, mais pleines de pièges — thème central des réflexions suivantes. Retenue d'un côté par la réification du droit, ou ce qui revient au même, par le juridisme, et de l'autre côté par un économisme plat, un finalisme naïf ou un recours immédiat au Pouvoir, l'un comme l'autre postulés pendant les dernières années pour être à la page, l'histoire du droit se voit maintenant même forcée par ce renouveau de l'historiographie de poser les questions cruciales en matière de droit. L'intérêt particulier de l'anthropologie historique à la production des structures sociales, reproduction effectuée au moyen de représentations en dernière instance intéressées, constitue-t-il, sans doute, un défi de premier ordre pour tous ceux qui ont affaire à toutes sortes de luttes culturellement façonnées, mais au fond socialement déterminées. Toutefois, de même que l'accumulation des premiers résultats théoriques obtenus dans ce domaine scientifique force à réagir, elle met aussi à la disposition de l'historien des champs et sous-champs juridiques des instruments supplémentaires pour éviter d'autant mieux la ruse par excellence du juridisme moderne: l'axiome nullement naturel d'une raison juridique plutôt autonome par rapport aux antagonismes des champs sociaux comme par rapport aux hiérarchies issues des rivalités du champ juridique même⁽³⁾.

En dépit de cela, ne jamais perdre de vue que celui qui voudrait découvrir le point aveugle du discours dominant en histoire du droit ne pourrait pas faire mieux que de descendre, tout d'abord, aux conditions sociales de la représentation savante de

⁽³⁾ Cf. J. LE GOFF et alii (sous la direction), *La nouvelle histoire*, Paris, 1978; les *Annales. Economies-Sociétés-Civilisations* à partir des années 1970; H. MEDICK, *Missionare im Ruderboot? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte*, in *Geschichte und Gesellschaft* 10 (1984), 295-319; J.-M. SCHOLZ, *Warum Jack Goody lesen*, in *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), 62-82.

l'évolution du droit. Autant dire qu'il faudrait avant tout analyser le conditionnement, au double sens du mot, de la vision favorisée par les professionnels du champ juridique. Ceci est d'autant plus urgent que cette perspective n'est, en règle générale, même pas mise sérieusement en doute par la plupart des historiens spécialisés dans les recherches concernant l'histoire sociale, économique ou culturelle au premier sens du mot. A l'occasion de leurs rares excursions dans le domaine du droit, celui-ci tenu généralement pour quantité négligeable, ils préfèrent malheureusement de loin, par exemple, un manuel maniable de l'histoire moderne du droit privé à une étude partielle et sophistiquée, surtout quand celle-ci fait, en plus, ébranler dès l'abord le canon des prénotions juridiques même des historiens comptant pour les plus critiques. C'est la raison pour laquelle il n'est pas inutile de répéter: toute analyse des résultats de la pratique des historiens-juristes doit déboucher sur une sociologie de la connaissance et celle-ci sur des recherches dévoilant à quel point l'historiographie juridique du droit n'est que le produit de son lieu de production spécifique. Abstraction faite des divergences de leurs positions théoriques, pour des historiens de la science comme Michel de Certeau, Peter M. Hejl ou, encore, Bourdieu, il ne fait aujourd'hui plus de doute: seule une illusion objectiviste de toute science actuelle fait du chercheur un spectateur impartial et au delà de son milieu, sans tenir compte du fait que toute activité intellectuelle est prédéterminée par la logique sociale du champ d'où elle provient⁽⁴⁾.

Malgré le fait qu'on ne s'improvise pas sociologue ni du champ juridique, ni de son secteur historique, et bien que toute objectivation d'un espace social dans lequel on est soi-même inscrit, s'avère toujours spécialement périlleux, il reste quand même à l'*insider* l'avantage de connaître mieux que tout le monde les ruses, les enjeux propres à la discipline en question. C'est

(4) M. DE CERTEAU, *Production du lieu*, in CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, Paris, 1975, p. 27 ss.; G. SCHOLEM (J. BOLLACK-P. BOURDIEU), *L'identité juive*, in *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980), 3; BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, 1980, p. 43-46, 51 ss.; P.M. HEJL, *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt/M.-New York, 1982, p. 15 ss.

pourquoi il ne paraît qu'opportun de concentrer l'analyse sociologique de la production des historiens-juristes sur les limites ou les obstacles épistémologiques causés par les conditions indigènes de leur travail. Or, l'analyse d'une telle myopie partielle ne peut être effectuée qu'en constatant tout d'abord dans quelle mesure l'historien du droit est devenu, faute de rupture avec l'expérience juridique vulgaire, le prisonnier de sa socialisation professionnelle. A condition que l'esprit scientifique doive se former contre l'entraînement naturel, l'expérience première (Bachelard⁽⁵⁾), tout permet de supposer que c'est notamment la familiarité extrême de l'historien-juriste avec le travail juridique — pratique de légitimation, s'il y en a une — qui l'empêche, à moins qu'il fasse des efforts supplémentaires, insolites, de comprendre d'une façon vraiment historique le pouvoir à l'oeuvre, en l'occurrence sous forme de domination juridico-rationnelle. Ici comme ailleurs, la distance par rapport aux nécessités ordinaires constituant la condition première de la perception théorique des structures sociales⁽⁶⁾, il est dans ce cas inévitable de contribuer à l'analyse de la situation sociale de ceux qui prétendent analyser le monde historico-juridique pour révéler enfin d'autant mieux les coûts sociaux d'une pratique culturelle comme celle de la conceptualisation juridique du monde antagoniste. Il n'est pas paradoxal de poser ainsi les premières conditions de la connaissance de l'Histoire du droit à travers les présupposés engagés dans les analyses ordinaires et ceci, pour l'essentiel, à cause de la dé-formation professionnelle de telles présuppositions par les premiers contacts sérieux avec le métier de juriste.

Quoique la question de la formation de ce qu'on appelle communément l'esprit juridique des historiens-juristes se trouve au centre de l'attention, cette seule hypothèse suffit, paraît-il, pour évoquer aussitôt d'autres contraintes. Il est suffisant d'en parler sommairement, puisque leurs caractéristiques sociales renvoient à nouveau à la première éducation des agents juridiques

(5) BACHELARD, *Esprit* (n. 1), p. 23 ss.

(6) Cf. P. BOURDIEU, *La grande illusion des intellectuels*, in *Le Monde* du 4 mai 1980, p. XVI-XVII.

— introduction à la connaissance des choses secrètes, cachées, difficiles — et, par conséquent, indirectement à l'initiation de ces quelques agents fiduciaires parmi eux qui se spécialisent plus tard dans l'histoire professionnelle du corps juridique. Le fait que l'historien du droit enseigne le plus souvent non seulement l'histoire du droit, mais aussi le droit en vigueur, l'exercice du métier dans le cadre d'autres disciplines universitaires, la coordination quotidienne de l'administration officielle du passé juridique avec le travail en juriste *stricto sensu*, les bons rapports qu'il entretient, tout compte fait, avec les agents du pouvoir politique, économique ou culturel et, enfin, l'idéologie conservatrice à laquelle il est exposé tous les jours: tels sont certainement les exemples les plus frappants qui, à leur tour, enferment nombre d'autres déterminations. Il est inutile d'entrer dans les détails pour se rendre quand même compte dans quelle mesure elles affectent les résultats de tout le travail de l'historien du droit. Nous pensons particulièrement aux historiens-juristes dominants occupant des postes de direction dans l'organisation de la science nationale ou internationale (universités, académies, Max-Planck-Gesellschaft, etc.), dans les conseils des pouvoirs législatif et exécutif ou dans le monde des affaires, sans parler des gratifications résultant des services rendus, par exemple, au Tribunal suprême comme à la clientèle privée de tout genre. Ces contraintes, issues de l'étroite relation des (historiens-)juristes avec le pouvoir mondain et conditionnées en dernière instance par une responsabilité sociale extraordinaire de tout juriste, ne peuvent que se faire aux frais d'une véritable compétence scientifique, la compétence juridique ne différant point, à ce propos, de la compétence médicale (7). Preuve en est, d'abord, le dialogue difficile, dès les années cinquante, en Allemagne de l'ouest, en Espagne, voire en France avec une Nouvelle histoire qui remet à raison en question, ces derniers temps, même les dogmes d'une recherche historique prise a priori pour scientifique; puis, le retour actuel des historiens-juristes allemands aux positions méthodologiques des années d'avant soixante-dix, mouve-

(7) Sur les rapports entre la compétence sociale et la compétence scientifique au sein du champ universitaire français, voir BOURDIEU, *Homo* (n. 1), p. 88 ss.

ment en arrière souvent larvé sous des formes apparemment plus scientifiques que le credo de leurs prédécesseurs réunis sous l'emblème wieackerien de la « rechtshistorische Hermeneutik ». Ceci est pourtant peu étonnant dès qu'on découvre, ici comme dans ce qui suit, le dénominateur commun de cette variété des limites épistémologiques: la tendance à assurer la hiérarchie sociale en général, mais avant tout l'ethos du corps des juristes, la cohésion sociale du groupe et la position sociale de chacun de ses membres, toujours menacés soit par d'autres membres du même champ social, soit par d'autres organisateurs du monde conflictuel, et tout cela dans les seules limites d'une autorité sans limite que la société, sous la menace constante de conflits ouverts, a concédé d'avance, mais seulement à crédit, à ses premiers gardiens de la paix, à savoir aux juristes.

L'application de tout l'effort sur l'analyse de la formation des juristes allemands et de ses rapports avec le travail des historiens-juristes ne devrait pas faire oublier, bien sûr, l'importance des contraintes structurales en général. De même qu'elles pèsent sur la structure de tout champ juridique relativement autonome, celle-ci tend à conditionner, d'une manière homologue, les stratégies d'action des historiens du droit. De l'ensemble des données sociales, on n'en retient ici que quelques unes dont la première est certainement leur origine sociale, à côté de leurs capitaux hérités ou ultérieurement acquis. En outre, d'une part le fait que, après la deuxième guerre mondiale, l'historiographie occidentale du droit est fortement marquée par une désillusion profonde, en partie causée soit par l'impuissance du droit, voire son adaptation partielle au régime nazi, soit par la liaison étroite, trop évidente, d'une bonne part des historiens-juristes avec les dictatures fascistes, quelques soient leurs formes spécifiques. D'autre part le rang de l'histoire du droit et de ses protagonistes dans la hiérarchie sociale du champ juridique, place qui est, par définition, homologue à celle de classement politique à l'extérieur du champ du droit, donc en correspondance avec la lutte des classes et de leurs fractions. A cet égard on peut rappeler, par exemple, l'avantage des historiens-juristes de revendiquer sans peine l'autorité de la science et, en conséquence, du droit scientifique, de la rationalité juridique pure. L'image d'une recherche totalement

libérée des fonctions de pur service promet, à l'heure actuelle, d'avoir le dessus dans la lutte à l'intérieur d'un champ juridique où une nouvelle représentation formelle et abstraite du système juridique gagne du terrain moyennant une théorie générale des systèmes sociaux dans le perspective de Niklas Luhmann⁽⁸⁾.

Ce ne sont pas seulement les rapports hiérarchiques entre les praticiens et leurs historiens de profession, malgré les lamentations de ces derniers toujours respectés comme détenteurs autorisés du capital historique des juristes modernes, mais c'est aussi et surtout le choix particulier de l'objet de notre analyse, l'exemple privilégié de la formation des (historiens-)juristes en République fédérale d'Allemagne, qui donne finalement lieu à dissiper, en passant, un autre malentendu à propos de la structure sociale du champ juridique et de son secteur historique. Cette fois-ci, il s'agit de remplacer, une fois pour toutes, l'illusion de la communauté internationale des historiens du droit par l'hypothèse bien fondée qu'on a plutôt affaire à un champ de concurrence sans frontières. Grâce à une dotation financière relativement opulente de l'érudition allemande, mais surtout grâce aux succès allemands du XIX^e siècle et à une sorte d'hérédité professionnelle (Bourdieu), ce secteur du champ juridique est encore pour la majeure partie dominée par les critères et les perspectives des historiens allemands, bien au contraire de ce qui se passe dans les champs scientifiques contemporains. On voit la manifestation de cette hégémonie relative dans la critique docile, dans des réorientations presque toujours positives du propre point de vue par rapport aux méthodes provenant d'Allemagne, dans des recours à l'érudition allemande afin de confirmer sa position face à celle des concurrents indigènes et, enfin, dans quelques privilèges sociaux incontestés, autant que le marché local le permet, dont profite jusqu'à maintenant le savant allemand dès qu'il se fait connaître/reconnaître — devant des juristes — comme historien du droit (invitations à des projets de recherches, à des colloques ou à des « Festschriften » à l'hommage d'un maître d'importance locale; offres respectueuses de présidence d'un congrès; attitudes

⁽⁸⁾ Voir surtout N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M, 1984.

pleines de modestie et de respect personnel; etc.). De là, aussi, notre intérêt particulier pour l'exemple allemand. Il se prête à la généralisation, au cas où les résultats obtenus à l'aide d'une analyse des conditions sociales de la formation de l'historien-juriste allemand débouchent un jour sur des résultats obtenus au moyens des analyses analogues des groupes comparables à l'étranger.

I.

Considérant qu'il est d'autant plus nécessaire de baser l'unité intellectuelle sur l'unité sociale des membres d'un champ savant que la cohérence scientifique, au sens propre du mot, est incertaine, tandis que la responsabilité sociale du corps des spécialistes est grande — règle générale qui a fait ses preuves au cours des analyses de l'espace universitaire français⁽⁹⁾ — il ne surprend guère d'observer que les historiens du droit se recrutent, en Allemagne, uniquement parmi les juristes. Ce fait est si constant, si évident, qu'il ne serait pas nécessaire de le rappeler, si les conséquences n'étaient pas si fatales pour le niveau scientifique de l'historiographie juridique. De façon générale, toutes les formes de cooptation sont bonnes pour assurer l'homogénéité sociale de ceux qui gèrent le passé des juristes et, par là, l'organisation sociale entière en vue de la légitimité du classement social contemporain. Qu'il s'agisse de la seule reconnaissance ou non des résultats de la recherche historique de la part des historiens-juristes, de la reproduction du corps universitaire ou de l'intégration des jeunes chercheurs dans le cadre des institutions de recherche extra-universitaires, la logique sociale du recrutement obéit, dans l'un comme dans les deux autres cas, à la demande unanime des professionnels craignant de perdre leur autorité dérivant en bonne partie des expériences juridiques faites en commun auparavant.

Aussi n'est-ce pas un hasard si ce champ clos de spécialistes ne manque même pas de définition subtile du droit d'entrée: noblesse scientifique oblige. On peut même parler, à ce titre, d'une coopération internationale, sans qu'elle ait eu besoin d'une

(9) Cf. BOURDIEU, *Homo* (n. 1), pp. 91-92.

orchestration consciente. Une analyse plus détaillée montrerait que la plupart des interventions méthodologiques des dernières années, propositions le plus souvent munies de tous les signes extérieurs de la scientificité des sciences humaines au sens le plus large, ne définissent que la compétence officiellement exigée à l'entrée dans le groupe des historiens-juristes. C'est aussi vrai, par exemple, pour García Gallo, chef de file ou Eminence grise des historiens du droit espagnol à l'époque de l'Espagne franquiste, que pour Franz Wieacker, romaniste respecté et fondateur reconnu d'une histoire du droit privé moderne. En tant que tel, il est non seulement le patron plus ou moins incontesté des historiens-juristes de l'Allemagne d'après-guerre, mais même aussi de leurs homologues étrangers, mesuré à tous les symptômes d'une réputation dite scientifique à l'échelle internationale, à tous les signes de reconnaissance donnés volontiers par ses collègues les plus proches comme par les praticiens du droit les plus éminents, à l'influence discrète, et par cela efficace, sur l'installation ou le recrutement de toute instance qui est au service d'une histoire savante de la tradition savante du droit.

Il en est ainsi, lorsque García Gallo détermine la place et les devoirs corrélatifs d'une histoire juridique du droit de manière à ce que l'histoire du droit se constitue comme « ciencia jurídica », à l'opposé de toute science historique, ou elle perdrait son droit d'existence⁽¹⁰⁾. Et il n'en est pas autrement pour ce qui est de Wieacker. S'il y a un exemple éclatant pour une légitimation méthodologique d'une cooptation professionnelle dépendant avant tout des qualités juridiques des aspirants, c'est bien le sien. Cependant, il ne suffirait pas de constater que, sur ce plan, son programme fait défaut d'une explicitation plausible pourquoi l'intérêt de l'historien du droit trouve ses limites là où il ne s'agit plus de droit au sens étroit⁽¹¹⁾. Le recours immédiat de Wieacker

⁽¹⁰⁾ A. GARCÍA-GALLO, *Historia, derecho e historia del derecho*, in *Anuario de historia del derecho español*, 23, 1 (1953), 5-36; sur l'historiographie juridique en Espagne, voir J.-M. SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 3-4 (1980), 164-187.

⁽¹¹⁾ Cf. D. SIMON, in M. STOLLEIS-D. SIMON, *Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus*, in *Kollo-*

à la pratique des juristes s'avère, en fait, insuffisant pour distinguer le travail de l'historien de celui des historiens-juristes. Mais du fait qu'il les oblige en même temps à poser les questions de leurs recherches comme juriste de profession, au risque de perdre sinon le statut professionnel, il serait également insuffisant de l'arrêter à une telle insuffisance d'ordre logique, au lieu de repérer, sociologiquement, au travers de cette prise de position méthodologique comment celle-ci tend, au même moment, à déterminer le fonds de valeurs et d'idées admises, c'est-à-dire à poser d'une manière douce des entraves épistémologiques. Pour illustrer ces obstacles, ainsi que pour documenter leurs légitimations à la fois scientifique et sociale provenant d'une rhétorique reconnue comme scientifique (emploi d'une terminologie recherchée, référence à la dernière science de l'interprétation, choix d'un lieu de publication renommé grâce au capital savant stocké depuis deux siècles, etc.), on ne saurait faire mieux que de citer, mot pour mot, un résumé des postulats wieackeriens, formulé en 1975 par lui-même à l'occasion d'un compte rendu — comme par hasard favorable — de la « Apologia della storia giuridica » (1973) de Bruno Paradisi, historien-juriste italien, à l'époque à la tête de l'organisation sociale de cette discipline: « Denn als Gegenstand der Rechtshistorie, gesehen in den Termini einer erneuerten historischen Hermeneutik, stellt sich die gesamte vergangene Realität dar, insoweit sie eine rechtlich bedeutsame war: und das ist potentiell jede politische, ökonomische, soziale und geistige Realität der Vergangenheit. Die besondere Art, in der der Rechtshistoriker diese Realität 'bearbeitet', d.h. auswählt und interpretiert, ist durch seine eigene (und also zugleich gesamt-menschliche) Erfahrung von 'Recht' schlechthin konstituiert — welches also selbst als dauerndes Constituens aller menschlichen Gesellschaften erscheint (ohne diesen Vorgriff könnte es freilich Rechtsgeschichte nicht geben) »⁽¹²⁾.

quium des Instituts für Zeitgeschichte (ed.), NS-Recht in historischer Perspektive, München, 1981, p. 36-37.

⁽¹²⁾ F. WIEACKER, *Apologie der Rechtsgeschichte*, in *Göttingische gelehrte Anzeigen unter Aufsicht der Akademie der Wissenschaften* 227, 1-2 (1975) 107; voir de plus WIEACKER, *Zur Methodik der Rechtsgeschichte*,

Du fait que la compétence de l'historien du droit est fonction de la juridicisation de ses intérêts, du moins selon la méthodologie dominante sans cesse réactualisée pendant les toutes dernières années, que c'est donc le savoir juridique sur lequel le spécialiste de la tradition juridique doit poser ses questions pour que les résultats de ses recherches soient admis par ses pairs, l'homme de métier est tenu de commencer sa carrière comme juriste. Et, en effet, à quelques exceptions près, nous l'avons déjà remarqué, l'historien du droit est juriste de formation. Les réformes des études juridiques à partir des années soixante-dix, les tentatives d'actualiser, en Allemagne fédérale, la préparation professionnelle au travers des modèles privilégiant plus ou moins une combinaison des études théoriques et de l'introduction à la pratique judiciaire ou administrative, n'en changent pas grand chose. Vu sous l'aspect qui intéresse ici le plus, à savoir sous l'angle de la préfiguration ou bien de la déformation juridique de l'optique historico-sociologique de l'historien-juriste, en est la meilleure preuve la continuité d'une conception plutôt juridique des manuels pour jeunes praticiens. Comme c'était à prévoir selon les règles de la division du travail, ces guides pratiques ne cessent d'instruire d'une manière typiquement juridique les futurs concurrents du champ du droit, pour évidents que soient les emprunts artificiels à une sociologie imaginaire ou chaotique⁽¹³⁾ — nous y reviendrons. De toute façon, il est capital de retenir dès maintenant que le profil de carrière des historiens-juristes allemands, dont la place est en ce moment assignée par la structure du sous-champ de l'histoire du droit, se présente sous la forme suivante. Après avoir fait son droit à l'université, celui qui débute dans le monde des historiens

in R. STRASSER et alii (eds.), *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtspolitik*, Wien, 1978, p. 356 ss. (358 ss.); pour une critique générale de l'historiographie juridique allemande, voir J.-M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt/M., 1977, p. 1-175 (116 ss.).

⁽¹³⁾ Cf. notamment E. SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik. Praktische Hinweise für den Zivilrichter*, München, 1975², p. 116-118; H. DÖLL et alii, *Zivilrecht* (Reihe « Praxis der Juristenausbildung », 1), Kronberg, 1976, en particulier p. VII-XI, 1-3.

du droit a effectué pendant quelques années des stages dans différents tribunaux, chez des avocats et dans l'administration, lui permettant de se qualifier comme magistrat après un deuxième examen d'Etat correspondant aux exigences des praticiens⁽¹⁴⁾. Ce qui manque, à côté des études plus poussées du champ allemand, ce sont de tels profils des spécialistes de tous les pays où un certain professionnalisme dans les recherches historico-juridiques s'est établi, tout au contraire de la plupart des cas où, comme dans les pays non-européens, la différenciation professionnelle des juristes n'a jamais eu pour conséquence l'établissement d'un tel empire des historiens-juristes. Pour le répéter d'une manière plus générale, cet ensemble de données rendrait possible des généralisations sur la base de cette première analyse et de l'hypothèse générale que l'appréhension d'un nombre de plus en plus étendu d'objets est une première garantie pour découvrir le nombre de conditions de variance nulle définissant le système (social) à analyser dans son ensemble.

Quant à l'Allemagne, il en résulte que les prénotions auxquelles les historiens du droit ont affaire sont avant tout formées par et pour la pratique judiciaire. C'est elle qui constitue l'homologie structurale, l'identité profonde de la production reconnue en histoire du droit: son emprise décide de la dignité des résultats de recherches et, par là, de la constitution sociale d'une discipline sans pareille. Entendre l'histoire du discours juridique comme histoire sociale ou comme reconstruction historique du champ du droit, en apparence autonome, revient en conséquence à poser en premier objectif la visée judiciaire des historiens-juristes, la façon de voir, de faire voir et de faire méconnaître, telle qu'elle est typique pour le travail de ceux qui sont socialement chargés d'appliquer les lois et de rendre la justice. Par rapport à un tel défi, le risque importe peu de l'exposer à découvrir, sous une érudition écrasante, les traces d'un art orienté par une expérience ac-

(14) Pour un résumé réfléchi et assez complet de la formation des juristes allemands des années soixante-dix (nombre des étudiants, organisation des études universitaires et extra-universitaires (Repetitor), stages (Juristischer Vorbereitungsdienst, Referendariat), examens, etc., voir W. SCHÜTTE, *Die Einübung des juristischen Denkens. Juristenausbildung als Sozialisationsprozeß*, Frankfurt/M.-New York, 1982, notamment p. 178-213.

quise et complété par une scientification extérieure des objets juridiques, mais non orienté par des intérêts provenant de l'idéal d'une appréhension théorique. Au contraire, face à la vision souveraine de l'historien-juriste, il importe même de se servir des concepts — s'il y en a — propres à rapporter une histoire critique du droit à une sociologie (historique) des pratiques des historiens du droit⁽¹⁵⁾. Alors, si nous prenons recours à la théorie bourdieusienne de l'*habitus*⁽¹⁶⁾ afin de conceptualiser la perception homogénéisée et homogénéisante des historiens-juristes, c'est pour détecter d'autant mieux le lieu, la façon et les techniques subtiles par lesquelles on intériorise ce qu'on reproduit par la suite sous des formes historico-juridiques, apparemment différentes des expériences faites sous des conditions différentes; en dernière instance, c'est pour fonder, en partie, une autre histoire du droit. Sociologue de l'enseignement, Bourdieu était voué d'avance à profiter des mises en doute d'une histoire de l'art fixée sur l'idée de l'inspiration originelle pour généraliser ces critiques, pour les conceptualiser et pour les introduire par la suite dans la sociologie. C'est nommément dans la tradition d'Erwin Panofsky qu'il parvient à repérer à travers ce dispositif le pendant théorique du deuxième mode d'existence du social, à savoir des champs de concurrence dans lesquels les agents historiques engagent ces dispositions durables. Elles se basent, pour l'essentiel, sur un répertoire de règles implicites tel qu'il est enregistré, consciemment ou non, sous forme de pratiques apprises, d'aptitudes transmises, de capacités acquises et de routines prises. Puissance organisatrice ou ensemble de schèmes de pensées, de perceptions, d'expressions et

(15) Sur la relation constitutive entre histoire critique et histoire de l'historiographie, voir H. BERDING, *Selbstreflexion und Theoriegebrauch in der Geschichtswissenschaft*, in J. KOCKA (ed.), *Theorien in der Praxis des Historikers*, Göttingen, 1977, p. 205-224 (214-215).

(16) P. BOURDIEU, *Postface*, in E. PANOFSKY, *Architecture gothique et pensée scolastique*, Paris, 1967, p. 135-167; BOURDIEU, *Entwurf einer Theorie der Praxis auf der ethnologischen Grundlage der kabyliischen Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1976, p. 139 ss.; BOURDIEU, *Sens* (n. 4), p. 87 ss.; BOURDIEU, *Leçon inaugurale faite le vendredi 23 avril 1982*, Paris, 1982, p. 25. Pour une critique, cfr. M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien*, I: *Arts de faire*, Paris, 1980, p. 101 ss. (110 ss.).

d'actions, l'habitus est en premier lieu le produit de l'histoire personnelle, comprise comme médiation de la structure sociale. Sans que l'habitus ou le *modus operandi* soit identique à la première formation scolaire ou à l'apprentissage professionnel, il ne fait pas de doute, pour Bourdieu, que c'est surtout là que l'habitus est acquis une fois pour toutes.

Rien n'empêche de supposer, par conséquent, que l'habitus du juriste-juge (Justizjuristen) garantit la conformité des pratiques divergentes des différents médiateurs juridiques, à condition que ce soit le même apprentissage vécu qui les ait formé, indépendamment du fait que la formation reposait ou non sur un système de règles sciemment élaboré et appliqué. C'est dire que, premièrement, comptent aussi parmi ces pratiques homogénéisées les représentations du monde, en particulier du monde des juristes, donc l'écriture typiquement juridique de l'histoire professionnelle du droit. Celle-ci fait donc partie des pratiques telles qu'elles sont d'une part engagées dans un espace juridique relativement autonome et structuré, par exemple, par des relations opposant les praticiens de la médiation des affrontements sociaux aux producteurs du droit pur⁽¹⁷⁾, et telles qu'elles sont d'autre part rendues cohérentes par un *modus operandi* commun, capable d'engendrer d'une manière homologue les schèmes d'action aussi bien des techniciens du droit que des savants de la technique juridique antérieure ou contemporaine. Ce qui fait que, de façon plus générale, de même que l'homogénéité de l'habitus judiciaire permet aux spécialistes du champ juridique un déchiffrement immédiat des différentes pratiques des juristes, l'histoire du droit se présente dès l'abord — on l'a noté même dans le cas de la « Nouvelle histoire » — comme par nature inaccessible aux non-spécialistes de l'histoire juridique. Elle tend à légitimer d'une manière apparemment historique l'ordre social, vu que même aujourd'hui celui-ci est justifié — grâce au progrès de la division du travail — par sa propre Histoire comme la fait à la fois connaître et méconnaître la majorité des spécialistes reconnus de l'histoire des spécia-

(17) Cf. Y. DEZALAY, *De la médiation au droit pur. Pratiques et représentations savantes dans le champ du droit*, in *Annales de Vauresson* 21 (1984), 118-148.

listes reconnus de l'ordre. Deuxièmement, étant donné que l'habitus, principe générateur ou réalité destinée à ranger les pratiques juridiques sous la loi de la reproduction des hiérarchies à l'intérieur comme à l'extérieur du champ du droit, est de plus fonction de l'appartenance des agents juridiques à une classe sociale déterminée ou à une de leurs fractions, ce qui fait que l'unité sociale d'un habitus juridique fait retrouver aux juristes le monde des juristes dans la mesure où ils se retrouvent dans leur monde social, l'habitus l'emporte sur tout corps de règles enseignées au cours de la formation des juristes-juges et de leurs historiens professionnels. Il s'ensuit qu'il ne faudrait surtout pas chercher les données constituant ce dispositif théorique dans la haute méthodologie rendue explicite, pour scientifique que se présentent, par exemple, les propositions des logiciens-juristes. Pour ne parler que de leur modernisation récente de l'historiographie juridique⁽¹⁸⁾, donc sans aborder expressément la dernière critique interne à l'égard de la méthodologie académique, dorénavant déclassée comme stérile et inefficace⁽¹⁹⁾, leur reconstruction rationalisante des méthodes de la pensée juridique d'autrefois ne démontre que trop souvent leur perplexité devant les ruptures avec la bonne tradition méthodologique et devant l'inexécution fréquente des prescriptions méthodiques. Ceci était à attendre, eu égard au fait que de tels phénomènes ne deviennent intelligibles qu'à partir des interrogations et des méthodes d'une sociologie historique ayant pour cible ce genre de production restreinte destinée aux producteurs du champ juridique les plus exposés aux contacts avec le grand public, les consommateurs des biens juridico-symboliques.

II.

Pour si insaisissable qu'il paraisse, l'habitus des (historiens-) juristes, leur structure cognitive, doit donc être cherché entre les

(18) Voir M. HERBERGER, *Rechtswissenschaftsgeschichte - eine neue Disziplin?*, in *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), 150-168.

(19) Cf. F. HAFT, *Juristische Rhetorik*, Freiburg/München, 1981², p. 85; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., 1970, Einleitung, p. 7 (« ..., daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet »).

lignes, dans des sphères plutôt pré-discursives, les normes explicites — par exemple: le « Deutsche Richtergesetz » (1972) ou la « Hessische Juristische Ausbildungsordnung » (1965) — étant plutôt des systématisations discursives a posteriori ou des manifestations d'une idéologie professionnelle, sinon des simples rappels à l'ordre. Il est d'autant plus important de repérer l'apprentissage sur le tas au travers d'une littérature spéciale ⁽²⁰⁾, même si ou parce que celle-ci est négligée, voire méprisée par les universitaires, à l'inverse du rôle qu'elle joue pour les jeunes juristes allemands l'apprenant par coeur. Les introductions à la « Gutachten- und Urteilstchnik », parfois encore d'un ton pathétique, paternel et peu conforme aux exigences des juristes-juges de la société post-moderne, sont en fait des modes d'emploi, en quelque sorte, voués à familiariser au travers d'exemples, plutôt qu'à transmettre un savoir, des catégories logiques. Pour ceux qui savent lire il est symptomatique que Herbert Arndt, garantie d'une continuité

⁽²⁰⁾ (H. DAUBENSPECK) (F. DAUBENSPECK) P. SATTELMACHER (P. LÜTTIG-G. BEYER), *Bericht, Gutachten und Urteil. Eine Anleitung für den Vorbereitungsdienst der Referendare*, Berlin-Frankfurt/M., 1968²⁵ (première édition: 1884); BESSER, *Die Zivilrechtsklausur im Referendarexamen*, Mainz, 1949; E. SCHNEIDER, *Typische Fehler in der Relation. Ein Hilfsbuch für die Abfassung von Gutachten und Urteil*, Berlin-Frankfurt/M., 1963; H. BERG, *Gutachten und Urteil. Eine Anleitung für die zivilrechtlichen Ausbildungs- und Prüfungsarbeiten mit Beispielen*, Stuttgart-Düsseldorf 1967 (première édition 1949); H. ARNDT, *Juristische Ausbildung. Grundriß für die praktische Ausbildung des Referendars*, Schloß Bleckede a.d. Elbe 1972 (première édition: 1945); E. SCHNEIDER, *Kleines Formbuch zivilrechtlicher Entscheidungen*, München, 1972 (première édition: 1967); G. FURTNER, *Das Urteil im Zivilprozeß*, München, 1974³ (première édition: 1961); SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik* (n. 13) (première édition: *Das zivilrechtliche Dezernat*); DÖLL et alii, *Zivilrecht* (n. 13); O. TEMPEL, *Mustertexte zum Zivilprozeß*, I-II, München, 1977. Pour d'autres manuels d'après guerre, tels Atzler, Bindels, Brauer, Hoche, Leonhard, Lux, Mühl Schellhammer, Schulin, Schumacher, Sieburg, etc., voir: BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 6; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 280; TEMPEL, *Mustertexte I* (n. 20); p. (I). A part cela, il importe de constater l'existence d'une quantité de textes ronéotypés, tels que les *Repitoren* — par exemple: Paul Schneider (Bonn), Berger (Essen), Alpmann-Schmidt (Frankfurt/Mainz), Kuschmann (Frankfurt) — les vendent (voir les pages publicitaires de la revue « Juristische Schulung »).

personnelle sans faille, ne serait-ce que par le fait qu'il occupe dès les années trente une place de premier ordre dans la justice allemande et dans la formation de ses juristes, plaide à l'occasion de la troisième édition de sa « *Juristische Ausbildung* » de 1972, parue pour la première fois en 1945, pour le seul travail sur le tas, sans le moindre exposé didactique: « ... viel leichter ist es, wenn man in der Praxis sieht, wie die Geschäftsstelle und die Richter in Wirklichkeit arbeiten und wie man dabei Vordrucke verwendet oder Entscheidungen entwirft » (21).

Tout conseil demandé y joue un rôle important. Écoutons à ce propos une fois de plus le même Herbert Arndt: « Der junge Richter sollte sich nicht scheuen, bei älteren Kollegen Rat zu holen, und der junge Referendar soll immer wieder seinen Ausbilder befragen » (p. 13). Cette démonstration de savoir-faire, également typique pour les manuels mentionnés, s'attache tout à fait à accompagner le débutant en montrant, pas à pas, le bon chemin. Il amène à la première analyse d'un conflit social tel qu'il est présenté à la cour, puis conduit aux conclusions juridiques à prendre pour préparer le jugement, et mène, enfin, à la sentence ou à l'arrêt bien formulé selon les exigences du métier. Et pour qui sait faire de plus le rapport entre l'habitus acquis et les historiens du droit se concentrant de préférence sur le passé dogmatique du droit privé, il est révélateur que les demandes en matière de droit civil sont à ce propos spécialement exigeantes, constat dont témoigne suffisamment le fait que la partie de ces guides pratiques consacrés à cette matière est statistiquement en surnombre.

D'autant plus absurde, semble-t-il, que les Sattelmacher, Arndt, Berg et Schneider, auteurs classiques d'un genre qui date

(21) ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 17; Né en 1906, H. Arndt devient, après avoir passé son temps de *Referendar* et *Gerichtsassessor* en Poméranie, *Landgerichtsrat* à Altona, Lübeck et Kiel (1936-1943), *Oberlandesgerichtsrat* à Kiel (1943-1948), *Landgerichtsdirektor* à Kiel (1948-1953), *Bundesrichter* auprès du Bundesgerichtshof (à partir de 1953); 1937, il est chargé de s'occuper de la formation pratique des *Referendare*; entre 1947 et 1953, Arndt est membre de la « *Prüfungskommission für die Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung* » (voir ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), couverture).

au moins du siècle dernier, si ce n'est du XVI^e siècle⁽²²⁾, n'ont jamais été pris au sérieux au cours des discussions allemandes des années soixante et soixante-dix sur une (nouvelle) histoire du droit rajeunie ou vraiment libérée des avatars du XIX^e siècle. Mises à part les quelques tentatives citées de reconstituer l'histoire technique de la « Relationentechnik » à partir de ses origines, et abstraction faite du plan récent de déceler sous la direction de Dieter Simon et avec le concours des sociologues et d'autres (historiens-) juristes la construction judiciaire de la réalité comme construction communicatrice, les détenteurs du pouvoir en histoire du droit, ainsi que leurs concurrents pleins d'idées neuves sur une histoire nouvelle du droit sous leur direction, ont été, en règle générale, toujours au-dessus de ces techniques. Elles comptent comme questions mineures, d'un côté incomparables aux événements de l'histoire de l'évolution du discours savant des juristes, tels l'élaboration des grands concepts du droit privé, l'essor d'une théorie de l'Etat du droit, etc., et de l'autre côté d'un rang inférieur par rapport, par exemple, à une analyse quantificatrice de la jurisprudence des Cours suprêmes, découverte comme objet nouveau.

Inculqués soit chez le *Repetitor*, donc pendant les études universitaires, mais à l'extérieur de l'université, soit après la licence, à l'occasion des stages de plusieurs années ou, encore, chez le *Repetitor*, ces schèmes pratiques, fruits de l'expérience quotidienne passant pour exigés par la pure nécessité technique et en tant que tels acquis dans une pratique comme les manuels cités le reflètent, ont pour objectif d'intérioriser, somme toute, une visée spécifiquement juridique de la réalité antagonique, propre à rendre celle-ci moins violente en apparence. La lecture de tels vade-mecum promet de porter ainsi au jour, dans un premier temps, tout un apprentissage quasi artisanal qui doit même s'inscrire, d'après un de leurs apologistes les plus reconnus⁽²³⁾, dans

(22) Cf. H.L. BERGER, *Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relationen und ihrer denktechnisch-methodischen Argumentationsformen* (Diss. iur. Frankfurt/M., 1975); F. RANIERI, *Stilus Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik*, in *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), p. 75-88.

(23) BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 156.

les corps des aspirants aux postes les plus distingués dans la hiérarchie des juristes. En somme, tout incline à supposer que c'est ainsi qu'on pose les fondements de l'empire de l'oeil juridique, si l'on peut dire, les possibilités légitimes du comportement, de l'ethos et du mode d'expression et de pensée, bref, le *modus operandi* des juristes auquel les gardiens de la méthodologie des historiens-juristes se réfèrent facilement pour rejeter toute vision de l'histoire du droit spécialement attentive aux oppositions sociales et à la reproduction douce, en l'occurrence juridique, de l'ordre social comme allant de soi. Ceci, puisque à leurs yeux, répétons-le, il faut que la gestion de la propre mémoire des juristes demeure chasse gardée.

Avant de caractériser à grands traits la perception spécifique des juristes et par là, de proche en proche, celle des historiens investis du pouvoir d'écrire d'une manière sans pareille l'histoire des spécialistes de l'ordre, et, par là, des obstacles épistémologiques premiers à une histoire scientifique du droit, il importe de noter ce que le sens pratique régnant parmi les historiens-juristes doit au pragmatisme caractérisant l'habitus juridique dès la première formation d'un juriste. En effet, il suffit de penser aux grands efforts des historiens du droit pour augmenter le stock du savoir juridique en donnant la preuve d'une tradition plus ou moins linéaire et ininterrompue, pour voir apparaître la liaison étroite entre de tels accroissements des capitaux symboliques dont les juristes disposent et la valeur pratique comme premier critère de la pratique juridique. Plus explicitement, on ne peut que renvoyer à ce propos aux nombreuses études concernant la doctrine juridique à la suite des juristes romains: travaux voués, dernièrement, en particulier aux méthodes et aux propos dogmatiques du *ius commune* naissant à partir du XII^e siècle ou du droit savant des XVII^e et XVIII^e siècles d'un côté et du siècle passé de l'autre. Et ce qui est vrai pour la « Dogmengeschichte » dans son ensemble, malgré tout plaque d'identité et gage de reconnaissance sociale de l'érudition allemande en histoire du droit, est aussi vrai pour les résultats issus de recherches plus générales, relativement pures, sur la continuité de la tradition culturelle de l'Antiquité ou, pour citer un exemple de plus, sur l'héritage de la culture

juridique — de préférence allemande — du XIX^e siècle⁽²⁴⁾. C'est pourquoi, aujourd'hui, le temps des hésitations des années soixante-dix est passé. Ceci s'observe, par exemple, à travers le fait que, récemment, un des historiens les plus réputés ne laisse plus la « Dogmengeschichte » à la merci des débutants ou d'une critique de la part de ceux qui demandent un renouveau, voire une histoire sociale de la même culture juridique⁽²⁵⁾. Et il n'en est pas autrement pour ce qui est des investissements en temps et en argent à l'occasion du bicentenaire d'un des monuments de l'histoire juridique moderne, à savoir de Friedrich Carl von Savigny, célébré spécialement en 1979: abstraction faite des simples récits hagiographiques, demeure un bilan minutieux se basant sur une coopération concurrentielle des spécialistes de différents pays, tous intéressés à la mise en exploitation d'une mine d'or du fonds savant commun⁽²⁶⁾. Sans cesse à la recherche d'un matériel utilisable, il importe peu dans la plupart des cas de l'avoir rencontré dans des époques lointaines et dans des circonstances tout à fait différentes des nôtres. Que Helmut Coing et Franz Wieacker⁽²⁷⁾ s'opposent à toute application trop directe et sans la moindre rupture avec les doctrines traditionnelles et le rapport traditionnel

(24) Cf., par exemple, F. WIEACKER, *Fortwirkungen der antiken Rechtskulturen in der europäischen Welt*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, p. 371-387; WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1959; WIEACKER/C. WOLLSCHLÄGER (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1970.

(25) H. COING, *Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985.

(26) *Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny (Ius Commune 8, 1979)*; *Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wiederkehr des Geburtstags von Friedrich Carl von Savigny* (ed.: H.G. LESER), Marburg, 1979; *Su Federico Carlo di Savigny (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 9, 1980)*; *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX (Anales de la cátedra Francisco Suárez, Granada, 18-19, 1978-1979)*.

(27) Cf., par exemple, F. WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis ...*, I, Athenis, 1963, p. 339 ss.; WIEACKER, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, Göttingen, 1963, p. 3 ss.; H. COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers*, Wiesbaden, 1976, p. 17 ss.

à ces doctrines ne contredit pas ce qui vient d'être dit, de telles interventions en faveur de la science se révélant en dernière analyse comme sublimation apparemment scientifique en fonction de leurs positions caractérisées et assurées, en même temps, par une pratique historico-juridique, garantie par les signes extérieurs de la scientificité.

Sur ce point, le pragmatisme des historiens-juristes ne diffère guère des attitudes pragmatiques de ceux qui dominent le domaine du droit pur et parmi lesquels se distinguent les détenteurs de la science du droit ou ce qui est accepté comme tel. La hiérarchie interne du champ juridique s'avère cette fois-ci insignifiante. Même ceux qui revendiquent pour leur pratique l'autorité de la science n'obéissent au fond qu'aux lois de la rentabilité, comme les praticiens trop vite méprisées à cause de leur esprit pratique, c'est-à-dire peu scientifique, étroit, terre à terre. Le rendement et l'efficacité, mesurés aux nécessités de leurs consommateurs immédiats, i.e. des producteurs du secteur de grande production juridique, comptant uniquement aux yeux des soi-disant scientifiques du droit. Non seulement la doctrine traditionnelle au sens d'une « praktische dogmatische Rechtswissenschaft », soupçonnée d'avance d'être moins scientifique, mais même aussi la pratique théorique s'appuyant sur des études des concepts, jugements et raisonnements, considérés dans les formes logiques où ils sont énoncés, se déclarent ouvertement soumises aux demandes de la production efficiente du droit⁽²⁸⁾. Les plaidoyers des fondamentalistes de la trempe de Werner Krawietz n'y changent rien, en réalité, tant que la jurisprudence (iurisprudentia) se heurte à un obstacle scientifiquement infranchissable. Contraire à toute théorisation telle que nous la connaissons des sciences sociales, elle reste fixée sur le seul objectif de tout travail juridique: l'interprétation et l'application correctes du droit en vigueur (« ... eine praktische, normativ richtige, durch die juristische Methodik

(28) Cf. W. KRAWIETZ, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Wien-New York, 1978, pp. VII-VIII, 155 ss. (159), (171-173), 200 ss.; H. HERBERGER/D. SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt/M., 1980, p. 17.

angeleitete und kontrollierte Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts, d.h. ... die Rechtsgewinnung im Einzelfall »⁽²⁹⁾.

C'est ce réductionnisme pragmatique assignant les limites au savoir juridique qu'on inculque au cours de la formation des détenteurs des secrets de l'art juridique. La route prise doit être toujours rectiligne; le débutant se voit obligé de maîtriser la situation, coûte que coûte. D'après les quatre auteurs d'un des manuels technique ci-dessus mentionnés, tous juges de première ou de deuxième instance et en tant que tels depuis des années chargés des travaux pratiques réservés aux stagiaires, il ne fait aucun doute: la concentration sur les devoirs professionnels exclut automatiquement les encombrantes interrogations d'ordre sociologique, car « Dem Praktiker der juristischen Ausbildung muß es ... erlaubt sein, die Dinge pragmatisch zu sehen und anzufassen. Im juristischen Vorbereitungsdienst hat der Referendar zu lernen, wie in der Praxis Recht gesucht und gefunden wird »⁽³⁰⁾. L'ensemble des procédés employés pour analyser les cas soumis au juge est conditionné tout d'abord par la plus sévère économie de frais et de temps⁽³¹⁾. De là l'avertissement de rédiger la présentation des faits et des arguments du jugement d'une façon aussi concise qu'exhaustive⁽³²⁾. Objectivement, il y a peu de choix: la division du travail légitime même le bon conseil de s'intéresser avant tout aux délimitations de compétence pour tenter de se décharger, à tout prix et sans scrupule, du travail demandé⁽³³⁾. Mais on doit surtout noter l'importance d'une gestion efficiente du temps. Les stagiaires s'entraînent à gérer leur propre temps — comme ceux des autres juristes travaillant avec eux, par exemple, au tribunal

⁽²⁹⁾ KRAWIETZ, *ibid.*, p. VIII.

⁽³⁰⁾ DÖLL et alii, *Zivilrecht* (n. 13), p. 2.

⁽³¹⁾ Sous forme d'un compte rendu élogieux, « Professor Dr. (Horst) BARTHOLOMEYCZIK, Mainz », à l'occasion d'une des rares consécration officielles d'un de ces manuels par la science universitaire: « Sie schufen die Voraussetzungen für zuchtvolles, systematisches Durchdenken eines Prozeßstoffes unter höchster Prozeßökonomie » (*Neue juristischen Wochenschrift*, 1959, p. 762); cf. de plus BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 7; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 17.

⁽³²⁾ Cf. ARNDT, *ibid.*, p. 25, 86.

⁽³³⁾ En ce sens, ARNDT, *ibid.*, p. 12-13.

— en s'appliquant à la plus grande ponctualité dans l'accomplissement de leurs devoirs quotidiens⁽³⁴⁾, en se pliant, pour les exercices pratiques tendant à résoudre des cas, au même délai de cinq heures exigé aux épreuves surveillées du deuxième examen d'Etat, et en s'adaptant *volens volens* aux quinze minutes que les examinateurs concèdent pour présenter oralement le dossier à analyser. La même obsession, la hantise du temps inutilement perdu⁽³⁵⁾, se révèle enfin à travers une gamme de formulaires, de recueils de modèles, etc., auxquels le jeune juriste apprend à recourir pour se faciliter le travail de routine, la pratique judiciaire étant ainsi conçue pour assurer un tel travail théoriquement insurmontable⁽³⁶⁾.

Aussi est-ce le même pragmatisme qui fait qu'on axe la formation du juriste autour de la personne du juge neutre. Bien qu'il ne soit pas possible d'en présenter en quelques phrases tous les aspects, il est capital de constater avant toute autre chose que ce n'est point un hasard de rencontrer ici les fonctions du juge civil au centre de l'attention, une spécialisation éventuelle n'étant prévue que pour plus tard. Bien entendu, on est ainsi en présence d'une première garantie de méconnaissance, vu que notamment la matière civile est prise depuis sa première conceptualisation juridique aux XVIII^e et XIX^e siècles pour un domaine à l'abri des conjonctures politiques et exclusivement soumis à la force du bon argument, ce qui permet aux civilistes, ainsi qu'aux historiens-juristes dominants, de qualifier, à tort, le droit civil de « neutrales Verkehrsrecht ». De toute évidence, le créateur-décideur discret constitue l'idéal qu'on doit vivre pendant et après la formation, à l'intérieur comme à l'extérieur de la Cour. Les certificats des stagiaires en sont la preuve la plus frappante, dans la mesure où l'on ne se prive pas d'y faire allusion, ceci débouchant, habituelle-

(34) Voir SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik* (n. 13), p. 114.

(35) Sur ce point, voir SCHNEIDER, *Formbuch* (n. 20), p. 5, 10; SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik* (n. 13), p. (I); ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 15.

(36) Cf., par exemple FURTNER, *Urteil im Zivilprozeß* (n. 20), p. VI; SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik* (n. 13); SCHNEIDER, *Formbuch* (n. 20).

ment, sur un véritable certificat de bonne vie et moeurs⁽³⁷⁾. Des conséquences implicites qui découlent d'une telle concentration sur la catégorie des juges neutres, n'en retenons que deux. Elles font toutes les deux partie des éléments constitutifs de l'habitus de l'historien-juriste. D'abord, exigée de plus par les critères de scientificité, la chimère de l'objectivité, aujourd'hui tombant pourtant en désuétude, sans que la majorité des historiens du droit ne le remarque, ce qui n'atteste qu'une fois de plus ce qui vient d'être constaté. Puis, le rêve de l'intentionnalité de toute action, comme si le principe de l'action historique résidait dans la conscience et comme si les motivations des agents étaient l'ultime repère pour une explication historique.

Pour ce qui est de la (fausse) neutralité, les manuels⁽³⁸⁾ y insistent: comme l'enseignement est concentré sur la formation des juges, les futurs juges — ou historiens du droit — sont tenus de se rendre compte des obligations qui les attendent et qu'il faudrait incarner dans le corps, telles l'impartialité, l'objectivité et la justice, quintessence ou principe de conformité aux autres caractéristiques juridiques. En se référant expressément au Lord Justice Radcliffe, Yves Dezalay⁽³⁹⁾ nous rappelle que le discours juridique est, par principe, un discours sans sujet. Soit que l'avocat tente de s'effacer derrière les intérêts de ses clients, soit que le juge essaie de s'effacer devant les règles du droit: ce qui caractérise le travail du juriste, ce sont l'idéologie du désintéressement et la dépersonnalisation mise en oeuvre. Une telle approche n'est certes pas nouvelle⁽⁴⁰⁾, mais ce qui restait à faire, c'était de la rapporter

⁽³⁷⁾ Pour le modèle d'un tel certificat, voir SCHNEIDER, *Richterliche Arbeitstechnik* (n. 13), p. 114.

⁽³⁸⁾ Cf., par exemple, ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 13-18.

⁽³⁹⁾ DEZALAY, *Médiation* (n. 17), p. 119.

⁽⁴⁰⁾ Voir, par exemple, une des thèses centrales de SCHÜTTE (*Einübung* (n. 14), p. 52), selon laquelle « Die herkömmliche Juristenausbildung vermittelt eine disziplinar geschlossene Handlungsorientierung, deren "Leistung" vor allem darin besteht, gesellschaftliche Konflikte umzuformulieren und in technische Probleme zu überführen » — ce qui ne veut rien dire d'autre que le juriste s'engage à effectuer, dès sa première formation, un travail symbolique sur la base d'une neutralisation apparente des rapports de force sociaux.

à la fois aux techniques infimes, incorporées au cours des stages à passer, et à la manière faussement objective d'écrire d'une façon juridique l'histoire juridique. En s'entraînant à rédiger des votes ou à formuler des sentences, le stagiaire se voit constamment forcé de manifester la distance, l'objectivité et la neutralité de celui qui s'autorise ainsi à soumettre une affaire, le comportement des profanes, à sa juridiction. Inutile de dire que quiconque aspire au titre de juriste-juge, au sens plein du mot, fait ce qu'on lui demande, ne serait-ce que par un enchaînement de faits et de raisonnements obéissant à une logique artificielle de concordance des temps. De même en va-t-il pour l'emploi stéréotype de certains termes-clés le distinguant des acteurs de sorte qu'il paraît être un régisseur qui voit jouer sous ses yeux une pièce délirante qui n'est jamais la sienne. Et il n'en est pas autrement pour le recours ou non aux formes verbales de l'éventuel, pour la séparation démonstrative des faits du droit et de ce qui est controversé ou non, etc. Mais tout cela ne doit pas faire ignorer que celui qui met la dernière touche à la sentence doit faire méconnaître que c'était un juriste qui était intervenu pour pacifier l'affaire litigieuse. De ce point de vue, il est spécialement recommandé de se servir d'un langage ordinaire⁽⁴¹⁾.

Insister de telle manière sur l'acte de la décision, sans relever en même temps son côté politique ou aléatoire, doit nécessairement préparer à privilégier l'interprétation, i.e. la reconnaissance des motivations explicites des agents historiques, et ceci aux dépens d'une analyse structurale comme elle fait si souvent défaut chez les historiens-juristes. S'il y a une raison pour laquelle l'historien du droit retombe toujours sur le même sujet, à savoir sur les motifs, les intentions et les arguments de préférence juridiques, et s'il ne parvient pas à libérer son projet scientifique de la « rechtshistorische Hermeneutik » (Wieacker), s'il se prive donc de la chance d'atteindre le système complet des relations objectives dans et par lesquelles les actions à l'intérieur et à l'extérieur du champ juridique s'accomplissent, c'est sans doute qu'il a vécu,

(41) Cf. BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 111-112; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 16-18, 87-88, 91, 113.

qu'il vit encore, bref: qu'il pratique une sorte d'idéologie de la création, dépourvue de réalisme. De fait, on l'oblige tout au long de sa formation juridique à s'accrocher aux objectifs, aux calculs et aux arrière-pensées, soient-ils rendus explicites par les justiciables, par leurs intermédiaires juridiques, par un législateur imaginaire ou par des juges des tribunaux suprêmes, considérés comme indépendants, puisque purement et simplement engagés pour rendre justice⁽⁴²⁾. Il n'est guère étonnant que l'auto-compréhension des juristes allemands corresponde à l'image des juristes-juges et, en conséquence, à l'idéal d'une personne exerçant, malgré tout esprit hiérarchique, une domination qui tend à créer ou à tirer du néant. A ce propos, on peut se référer à Wolfgang Kaupen et à son étude intitulée « Die Hüter von Recht und Ordnung », analyse du corps des juristes en République fédérale de la fin des années soixante⁽⁴³⁾. Les praticiens du champ juridique de production élargi, de même que les théoriciens universitaires de la pratique juridique, ne cessent de confirmer cette impression. Des deux côtés, on convient de reconnaître que la seule cible de tout investissement de provenance juridique est constituée par la pratique judiciaire, donc par la décision⁽⁴⁴⁾. Du côté des réflexions les plus subtiles comme du côté des instructions primitives spécialement en vue, on insiste sur la portée de l'acte de la décision dite rationnelle, puisque la pensée y précède l'action. A quoi s'ajoute, d'ailleurs, que l'Etat post-libéral est de toute manière idéologiquement conditionné par une philosophie humaniste ou « Zivilreli-

(42) Voir BERG, *ibid.*, p. 111, 145, 156-157.

(43) W. KAUPEN, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen*, Neuwied-Berlin, 1969, p. 35; P. ENCK, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, 1982, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 (1982), 152-157.

(44) Voir, d'une part toute la littérature concernant la « Gutachten- und Urteilstechnik », (BERG, etc., n. 20); d'autre part, KRAWIETZ, *Juristische Entscheidung* (n. 28), p. 171-172; HAFT, *Rhetorik* (n. 19), p. 9; HERBERGER-SIMON, *Wissenschaftstheorie* (n. 28), p. 341; D. SIMON, *Juristische Logik und die richterliche Tätigkeit*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung* 81 (1982), 63-83 (63-64); SIMON, in STOLLEIS/SIMON, *Vorurteile* (n. 11), p. 43.

gion »⁽⁴⁵⁾ dont l'acte volontaire de faire ou de ne pas faire une chose constitue son apogée. Quoi qu'il en soit, tout cela s'entend peut-être pour la caractérisation de la production juridique, en particulier pour le juge et son travail de « nomination officielle » (Bourdieu)⁽⁴⁶⁾, mais non pour les historiens du droit auxquels il incombe plutôt d'expliquer, sociologiquement, ces opérations sociales de nomination.

Attendu que la perception juridique de l'historien-juriste a affaire à des réalités classées par les juristes antérieurs et considérant qu'une telle histoire du droit s'avère par principe incapable de franchir ses propres limites objectivement imposées par la division du travail, il importe d'autant plus de mettre l'accent sur le fait que la perception juridique même diffère des autres pratiques sociales par son caractère normatif. A ce titre, il suffit de retenir, en premier lieu, que l'essai de former des futurs juges — ou historiens du droit — se veut leçon à sens unique. De même que le légalisme positiviste tend à organiser la décision judiciaire selon un modèle préétabli sous forme de norme étatique, de même la discipline octroyée au cours de la formation juridique tend à la standardisation des produits et, par là, à la normalisation des producteurs⁽⁴⁷⁾. Cependant, pour se rendre compte des risques scientifiques que court l'historien-juriste trop familiarisé avec le savoir immédiat des juristes, il faudrait surtout prendre en compte qu'une quelconque distanciation ou rupture avec le réel juridique, telle qu'elle est constitutive pour une analyse scientifique⁽⁴⁸⁾, s'avère spécialement difficile eu égard au seul fait que la forma-

(45) Sur les dernières discussions nord-américaine et allemande (H. Lübbe, N. Luhmann, etc.), voir S. SMID, *Pluralismus und Zivilreligion. Überlegung zur Diskussion um die Methoden der Integration des Staates*, in *Der Staat* 24 (1985) 3-30.

(46) P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, 1982, p. 99-100; BOURDIEU, *Espace social et genèse des « classes »*, in *Actes de la recherche en sciences sociales* 52-53 (1984), 7.

(47) Sur l'objectif de faire « das Normale zum pädagogischen Betrachtungsgegenstand », cf. SCHNEIDER, *Formbuch* (n. 20), p. 5.

(48) Sur la « rupture » comme « constituens » d'une épistémologie sociologique, voir BOURDIEU, *Métier* (n. 1), p. 27 ss.; sur la rupture nécessaire en histoire du droit, cf. SCHOLZ, *Eléments* (n. 2), chap. II.

tion professionnelle est fixée sur un acte de souveraineté, le jugement. Comment s'étonner que le discours juridique, y compris celui des historiens-juristes les plus érudits, ne manque jamais d'aplomb. Dès ses premières classes jusqu'à la fin de sa formation, donc durant plus ou moins dix années, le juriste apprend à avoir le dessus et à être soumis, au pire, à la norme étatique, élaborée en règle générale par d'autres juristes.

Pour en fournir la preuve, n'évoquons que quelques ruses acquises pour dominer avec compétence la cause ou ce qui revient au même: le monde. Tel est le cas quand on s'entraîne à étudier un dossier en évaluant, en sélectionnant et en groupant les faits sur lesquels le conflit se base. De même, lorsqu'on s'applique à disposer d'une affaire, à savoir prendre les mesures dites nécessaires pour la faire progresser afin qu'elle atteigne le plus vite possible son règlement. Ici et là, le stagiaire prend soin de ne pas perdre de vue le droit positif⁽⁴⁹⁾. Au rythme monotone des conseils pratiques et des exemples exemplaires, son oeil oscille sans cesse entre l'affaire litigieuse et la norme comme référence des références. A cet égard, il importe peu qu'il prépare sa première expertise ou qu'il rédige pour la première fois une sentence ou même un arrêt⁽⁵⁰⁾. De la même façon que le juriste sépare les différentes zones de droit positif de préférence selon des critères normatifs⁽⁵¹⁾, le juriste-juge recourt au droit en vigueur pour distinguer les faits à juger de ce qui servira à juger, juridiquement. Ceci est analogue à ce qui se passe quand il fait la différence entre des données jugées signifiantes ou non, ou entre ce qui est ou non digne d'être prouvé⁽⁵²⁾ avant de trancher le conflit, le plus

⁽⁴⁹⁾ Cf. BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 162-163; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 12.

⁽⁵⁰⁾ Pour une description des procédés en vue, voir HAFT, *Rhetorik* (n. 19), p. 88, 153-154.

⁽⁵¹⁾ En ce sens et à propos de la distinction du nouveau droit catalan du droit espagnol après la Constitution espagnole de 1978, P. SALVADOR, *El derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana*, in *Revista jurídica de Catalunya* 83 (1984) 793-859 (806).

⁽⁵²⁾ Sur les mécanismes de la « Schlüssigkeitsprüfung » et ses rapports avec l'administration de la preuve, cf. BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 30 ss., 74 ss.

souvent déjà filtré par d'autres intermédiaires juridiques (avocats, etc.), formés de la même manière. Axées autour d'une règle juridiquement établie, systématisée et fixée par écrit ou garantie par d'autres institutions, ces réflexions sont de nature déductives, du moins d'après ce qu'on croit faire et ce qu'on fait croire aux jeunes clercs autant qu'aux profanes. C'est dire que c'est une norme imaginaire, fictive et arbitrairement imposée comme telle qui ordonne tout. Présupposée en tant que telle, elle met tout dans un certain ordre, à savoir dans l'ordre juridique. C'est pourquoi il va de soi pour tout juriste qu'elle structure à raison non seulement l'exposé des faits, mais aussi les attendus à l'allemande (*Urteilsgründe*), donc la sentence définitive dans son ensemble. Autant dire que les nombreux exercices pratiques auxquels le juriste allemand se soumet pour augmenter sa chance d'occuper un jour, au mieux, la meilleure place parmi ses collègues concurrents, ne sont aussi quant à la norme présupposée que la structure de celle-ci en acte ou en pratique, pour emprunter à Bourdieu, encore un fois, un concept. Preuve que le stagiaire n'est même pas libre d'alléguer à son gré les autorités sur lesquelles il apprend à prendre recours pour corroborer son jugement; de même qu'on lui conseille de lire, le cas échéant, la décision de l'instance supérieure avant de se mettre au travail⁽⁵³⁾. En manifestant son accord avec les représentants de l'autorité juridique, on fait mieux de suivre une certaine hiérarchie interne. D'abord, naturellement, la loi, suivie des décisions de la Cour constitutionnelle, de la Cour suprême et des instances inférieures. Et il en est de même pour la doctrine. Ici, les grands commentaires profitent du privilège d'être cités avant les autres auteurs d'ouvrages juridiques⁽⁵⁴⁾. Discursivement parlant, c'est l'idéal du *simile* qui est en jeu: l'organisation d'un discours de domination aussi homogène que convaincant et fort. Plus clairvoyants que la majorité des représentants de la science juridique, des praticiens comme Egon Schneider ou Herbert Arndt⁽⁵⁵⁾ ne s'y trompent pas, bien qu'ils

⁽⁵³⁾ Cf. SATTELMACHER, *Bericht* (n. 20), p. 20.

⁽⁵⁴⁾ Voir BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 168.

⁽⁵⁵⁾ SCHNEIDER, *Formbuch* (n. 20), p. 6, 9; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 16, 18.

réduisent cette technique de domination sociale à une question de pure technique ou de sécurité juridique: pratique de pouvoir symbolique par excellence. Mais, en ce qui concerne la perspective normative des (historiens-)juristes et ses rapports avec ce qui vient d'être évoqué, on ne saurait certainement mieux conclure qu'en faisant enfin appel à l'enquête obligatoire sur la théorie dominant momentanément tel ou tel problème juridique. Si ce procédé ne fournit pas seulement un exemple de plus pour comprendre le mode de légitimation juridique ainsi que la réduction corrélatrice de la visée juridique, c'est que la normativité de l'opération en question et, du même coup, la normalisation de la perception (historico-)juridique tiennent au fait que la *communis opinio doctorum* devient règle, parce qu'elle doit être censée vraie, au dire du juriste bolognais Matteo Mattesilano (XVI^e siècle), un des premiers théoriciens de ce procédé⁽⁵⁶⁾.

Un tel mode de raisonnement ne laisse plus de place à une remise en cause. Vu d'une économie de domination, les agents d'exécution judiciaire se gardent à bon droit de risquer entièrement un savoir normatif qui a fait ses preuves, sans parler de ses objectivations institutionnelles et des avantages sociaux qui en résultent automatiquement. Idéologiquement adossé à la norme, celui qui parle a raison, tant qu'il parle en juriste. *Da mihi factum, dabo tibi ius* ou *jura novit curia* ordonne déjà la procédure romano-canonique, le *ordo iudiciorum* du Moyen Age. Et il en est de même pour la procédure civile actuelle. Un des auteurs des manuels plusieurs fois cités nous le rappelle en justifiant la texture obligatoire d'une sentence, telle la distinction fondamentale des considérants (*Entscheidungsgründe*) et de la présentation des faits soumis au jugement (*Tatbestand*)⁽⁵⁷⁾. C'est dire que contrairement à une position critique qu'on pourrait définir par l'adage bachelardien selon lequel ce qu'on croit savoir clairement offusque ce qu'on devrait savoir⁽⁵⁸⁾, l'historien-juriste n'est pas formé pour

(56) M. MATTESILANO, *Tractatus... electionum varioris opinionis insinias iurisconsulti D. Matthei Matthesilani Bononiensis*, in *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum* I., Lugduni, 1548, fols. 203^r-203^v, pr.

(57) Cf. BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 111-112, 141 ss.

(58) BACHELARD, *Esprit* (n. 1), p. 14.

mieux interroger ou pour expérimenter, mais pour dominer la matière afin qu'il maîtrise l'Histoire à l'avantage des dominants. Petit à petit, on lui inculque le goût du simple, du bon ordre et de l'infailibilité⁽⁵⁹⁾. Un langage clair, concis, sobre, résolu et dépourvu de tout signe de sensibilité, tel qu'on le lui demande⁽⁶⁰⁾, est en même temps une garantie pour que le stagiaire exclut, plus tard, les questions indiscrètes, gênantes et difficiles. De façon plus générale, on exclut ainsi, une fois pour toutes, toute histoire critique des systèmes de classement social, basés sur les apparences de taxinomies juridiques légitimes, et ceci dans la mesure où cette dénégation historique de l'euphémisation juridique assure la reconnaissance de l'ordre juridique contemporain et, par là, de l'ordre social en général. Plus concrètement, cela amène à penser à la préférence des historiens-juristes dominants pour la simple reconstruction chronologique, pour l'explication banale comme pour l'analogie superficielle. Le plus souvent de bonne intention et convaincu d'avoir chassé toute version subjectiviste ou politisée et d'avoir ainsi gagné une position scientifique ou de pure érudition admettant un jugement objectif et au-dessus des courants politiques compromettants⁽⁶¹⁾, un tel historien-juriste se croit maître de la vérité de l'histoire du droit, pareil au juge qu'il est resté en dernier ressort et qui est pris pour le maître de la justice. De là, par exemple, le recueil dans le temps et dans l'espace pour se distancier d'autant mieux des problèmes chauds d'aujourd'hui. D'où aussi les efforts pour sauvegarder le système juridique et,

⁽⁵⁹⁾ Voir KAUPEN, *Hüter* (n. 43), p. 34; BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 9-10.

⁽⁶⁰⁾ Cf. BERG, *ibid.*, p. 146, 209-210; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 15.

⁽⁶¹⁾ Pour une vision de l'histoire du droit plutôt liée à la conviction de l'existence d'une vérité objective, « Richtigkeit » ou « objektive Sacheinsicht », cf. H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1969², p. 85 ss. (93-94), 161; pour une histoire de la science juridique sous l'égide du critère de la « methodische Richtigkeit » comme ultime critère, voir Herberger à l'occasion d'une présentation de la discussion du XVIII^e siècle sur le concept « dogmatique », in M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt/M., 1981, p. 321; tout au contraire, la perspective critique de P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, 1983.

par là, le capital symbolique des juristes, leur autorité ou leurs positions sociales, moyennant de pures paraphrases des textes sacro-saints et un langage tant impersonnel qu'artificiel et — au profit d'une scientificité apparente — plein de réminiscences cultes, soit dans un latin dont se moquait déjà Lucien Febvre⁽⁶²⁾, soit empruntées aux sciences dures, affirmatives, à l'heure actuelle en vogue en sciences sociales.

Rien ne peut pourtant montrer plus clairement la complicité épistémologique entre l'habitus juridique et l'horizon borné de l'historien du droit que la manière d'organiser le réel qu'on lui inculque, l'attention spécifique aux univers des relations objectives dans lesquels s'opposent les agents historiques. Autrement dit, c'est certainement la construction de l'objet conflictuel, la façon obligatoire d'aborder les données sur lesquelles doit être porté un jugement notamment en matière de droit civil, qui dévoile le mieux à quel point la normativité de la perception juridique intériorisée empêche dès le prime abord la reconstruction historique de l'évolution du droit au sens d'une reconstitution de l'histoire sociale d'un système symbolique particulier. Cette manière d'examiner les faits promet ainsi de démasquer comment une telle visée au service de la légitimation de l'ordre social rend difficile toute analyse où l'objet est, en fait, conquis, construit et constaté en rompant avec les relations sociales les plus apparentes en faveur d'une connaissance des rapports de force sociaux rendus juridiquement méconnaissables. Pour rompre avec la demi-compréhension qui se fonde sur la dénégation partielle de l'historicité de tout fait juridique, l'historien-juriste doit donc d'emblée se rendre compte que l'écriture (historico-)juridique des conflits sociaux consiste, au fond, à arracher les faits à leur *continuum* historique pour apaiser les mêmes conflits par une parole reconnue comme telle. «Denn zumindest für die juristische Arbeitsweise ist kennzeichnend, daß der Fall durch Beschreibung individualisiert wird und damit in abgeschlossener Form vorliegt», au dire de Maximilian Herberger et de Dieter Simon⁽⁶³⁾. D'une part soumis à la Loi supposée en

(62) L. FEBVRE, *Quelques réflexions sur l'histoire du droit. Etude sociale ou biographie*, in *Annales d'histoire sociale* 1 (1939) 43-46.

(63) HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie* (n. 28), p. 365.

tant que telle, d'autre part tenu de se rendre maître de l'affaire pour que le conflit se résolve en paix sociale, le juriste-juge s'adapte aux circonstances en pensant les faits d'une manière juridique. La même épuration des éléments factuels comme Dézalay la documente pour les « lawyers » anglais et les conseils de prud'hommes en France⁽⁶⁴⁾, se manifeste en Allemagne — quant à l'éducation des jeunes juristes — par différentes suggestions de s'occuper d'abord de ce qui est du droit ou juridiquement pertinent. Pour ce qui est du reste, ces faits sont jugés accessoires, n'entrant pas en jeu dans la décision à prendre et, par conséquent, dans l'histoire conflictuelle telle qu'elle est à reproduire dans la première partie d'une sentence⁽⁶⁵⁾. Loin de gommer totalement la dimension sociale, la pratique judiciaire dépend des faits sociaux pour les recoder ou euphémiser en modèles, concepts et termes juridiques. Le triple objectif de cette approche factuelle, c'est-à-dire la découverte des données du conflit présenté, la ségrégation des faits suivant leur rapport à la question et la concentration des faits choisis au sein du conflit juridique⁽⁶⁶⁾, s'explique aisément si on tient compte qu'une véritable transformation juridico-symbolique est fonction de l'harmonisation la plus compétente des faits et des normes arbitrairement érigées et immunisées par des juristes.

Ce n'est donc point un réalisme naïf qui fait insister, tout au long des stages, sur le rôle prépondérant du travail factuel et sur le risque auquel on s'expose quand on se jette sur des soi-disant problèmes juridiques. Et pour ce qui est de la fiction en même temps fondée, c'est la nouvelle rhétorique juridique⁽⁶⁷⁾, une des dernières tentatives pour à la fois décrire et prescrire scientifiquement ce que les juristes font ou ont à faire, qui nous révèle par son approche purement linguistique qu'on a plutôt affaire à une domination discursive des données, orientée par une norme donnée en vertu d'une fiction, qu'à la manipulation pure.

(64) DEZALAY, *Médiation* (n. 17), p. 128-129.

(65) Voir BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 120; ARNDT, *Juristische Ausbildung* (n. 20), p. 15, 23.

(66) Cf. BERG, *ibid.*, p. 10, 12, 110-111, 162, 166, 209-210.

(67) Cf. HAFT, *Rhetorik* (n. 19), p. 14-15.

Et ceci, dans un langage tout autre, apparemment plus scientifique, mais d'une manière identique et avec le même résultat, est décrit par une deuxième approche se servant aussi bien de la théorie systémique (Luhmann) que de la pragmatique linguistique (Morris). Sous cet angle, on se contente de naturaliser le fait que toute solution de conflit exige de rapporter les données à la norme et ceci au risque de déformer l'histoire conflictuelle: « Die "Sache" ist nichts Neutrales. Sie wird absichtsvoll dargestellt. ... Bis auf weiteres dürfte das eine unvermeidbare Form der Konfliktverarbeitung sein »⁽⁶⁸⁾. Les dernières théorisations juridiques du recodage des rapports sociaux en termes juridiques confirment donc indirectement ce que l'analyse révèle dès qu'elle vise les suggestions faites au futur juge fondant, au double sens du mot, l'expertise, ainsi que la décision, et sur l'histoire du conflit et sur les règles juridiques. Dans ce cadre, il est hors de doute que — quitte à atomiser, à détruire et, par conséquent à méconnaître le réseau de rapports de force ou d'oppositions structurales d'où provient le conflit en question — l'organisation textuelle d'une sentence, en particulier l'exposé des faits conflictuels (Tatbestand), doit suivre un compromis entre un simple ordre chronologique et un ordre prédéterminé par la seule pertinence normative ou juridique de telle ou telle donnée⁽⁶⁹⁾. La reconstruction judiciaire de l'histoire conflictuelle repose sur une sélection tant intéressée que méconnue comme telle aussi bien de la part du juge que de la part de ceux qui sont jugés. A mesure qu'elle aboutit à l'écriture compétente et apparemment neutre d'une histoire fictive, elle parvient à convaincre, presque malgré elle, les parties du cas en litige de s'arranger sur un niveau qui est pris pour le leur, bien qu'il ne le soit pas. Pour y arriver, il n'est plus nécessaire que ce qu'on appelle communément l'opinion publique ou l'Etat intervienne expressément ou d'une manière plus ou moins répressive.

En cela, la perception de l'historien-juriste est semblable au mythe grec avant l'histoire, la pensée juridique incorporée n'étant,

⁽⁶⁸⁾ Cf. T.-M. SEIBERT, *Aktenanalyse. Zur Schriftform juristischer Deutung*, Tübingen, 1981, p. 116-119 (citation: 118-119).

⁽⁶⁹⁾ Voir BERG, *Gutachten und Urteil* (n. 20), p. 126 ss.

par principe, ni relationnelle, ni historique. Ici encore, l'analogie avec la naissance de l'histoire est utile, car des trois relations qu'une société entretient avec son passé et que Moses I. Finley⁽⁷⁰⁾ distingue sur la base de l'Antiquité grecque, à savoir le mythe, la mémoire et l'histoire, ce sont les premiers opérateurs intellectuels qui se rapprochent le plus de l'histoire conflictuelle comme le juriste la reconstitue et comme elle sert en règle générale de schème à l'historien du droit. Si, en effet, cette ressemblance nous fait comprendre la différence entre le récit juridique des faits conflictuels et l'histoire traditionnelle du droit d'une part, et d'autre part l'histoire authentique de l'évolution des systèmes juridiques, c'est que, par exemple, l'épopée isole les événements de leur système de datation comme l'exposé juridique les isole de leurs rapports sociaux. Dans l'un comme dans l'autre cas on rend intelligible — et acceptable — au prix d'un découpage de l'action en séquences et d'une division des rapports en objets indépendants et incomparables. Là, en absence de temporalité, ici détachés de leur contexte social, plus précisément des luttes économiques et politiques entre les classes et leurs fractions, les éléments historiques flottent indistinctement dans le passé, ainsi dépourvus de tout sens historique. Ainsi donc, tant que les Grecs ne reliaient pas les faits à ce qui était arrivé avant ni à ce qui devait arriver par la suite, ils écrivaient aussi peu l'histoire que les historiens du droit ne rapportant pas les données socio-juridiques les unes aux autres. Leur mode de perception ou de production historiographique s'éloigne de l'explication descriptive de l'histoire des systèmes symbolico-juridiques aussi longtemps qu'il reste fidèle à un mode d'écrire l'histoire en individualisant les faits sociaux selon un schème opératoire jamais mis lui-même en question. Seulement à partir du moment où ils tendent à trahir leur première formation professionnelle en prenant le processus continu du renforcement de la juridicité ou l'institution sociale de la norme-même comme premier objet d'analyse, ils visent en historien les relations aussi antagoniques qu'objectives de la production, de la circulation et de la consommation des biens typi-

(70) M. I. FINLEY, *Mythe, mémoire, histoire*, in FINLEY, *Mythe, mémoire et histoire*, Paris, 1981, p. 9-40.

quement juridiques et ainsi la construction juridique de la réalité, mieux: de la constitution juridique des classements sociaux au moyen des normes juridiquement établies et reproduites sous des formes à première vue déconcertantes. Craignant l'impossibilité d'expliquer le tout par le tout, l'incapacité de juger, donc l'incompétence⁽⁷¹⁾, la perception juridique sait se limiter à l'isolement des données et ceci, l'Histoire le prouve, à l'avantage des dominants, mais sans doute aussi au désavantage d'une découverte possible des structures historiques en tant que celles-ci sont conditionnées pour une part essentielle juridiquement: ignorance, dont profite en dernier ressort la reproduction professionnelle de l'histoire du droit et, par là, la fraction dominante des historiens-juristes comme une des fractions dites scientifiques des dominants dominés du champ juridique. Pour ne pas redoubler simplement l'effet symbolique des conceptualisations juridiques, l'historien du droit est, en conséquence, obligé à se défaire de l'illusion de leur genèse purement rationnelle et franche de toute détermination sociale. C'est dire qu'il est avant tout tenu de s'opposer aux prénotions acquises dont une des premières fait oublier que la pensée juridique n'est pas relationnelle, tout au contraire de la visée sociologique ou historique, car celle-ci s'interdit de penser les faits sociaux comme des choses, des personnes, des états ou des actions isolés, même là où l'occasion s'y prête⁽⁷²⁾.

Pour terminer, de même que la pratique juridique se révèle comme pratique de pouvoir, caractérisée par une décision judiciaire apparemment neutre et basée sur une lecture individualisante dont la seule grille devrait être ce que les juristes désignent comme la norme en vigueur, de même le discours typique des historiens-juristes, en apparence historique, se montre en dernière analyse comme un discours hermétique, marqué par l'ensemble de procédés de travail et d'expression de l'autorité judiciaire, tels qu'ils ont été incorporés pendant de longues années d'études et de stages. Autant dire qu'il s'agit, à la base, d'une seule façon

(71) Cf. HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie* (n. 28), p. 365; HAFT, *Rhetorik* (n. 19), p. 25.

(72) BOURDIEU, *Leçon* (n. 16), p. 22-24.

spécifique de penser et de faire penser l'ordre social et son histoire juridique. Tandis que les juristes-juges suscitent la croyance dans la légitimité de leurs classements sociaux en se référant, entre autres, symboliquement même au cours de leur reconstruction factuelle à un système de règles explicites apparemment transparent et démocratiquement institué, au lieu de laisser l'organisation sociale à la disposition des mécanismes sociaux implicites, les historiens-juristes contribuent objectivement au même objectif légitimateur tant qu'ils se contentent d'une réduction normativiste du factuel en excluant de leurs recherches les mêmes rapports de force sociaux au sens le plus large. Consciemment ou inconsciemment, cette vision restreinte rend intelligible sans mettre en jeu son ultime référence afin de ne pas mettre en jeu l'ordre social auquel elle sert en augmentant l'intelligibilité du vécu conflictuel. C'est la raison pour laquelle elle parvient à mobiliser sans que les frais d'une telle structuration du social suscitent des protestations véhémentes. Par manque de distance critique à l'égard de la perspective juridique imposée, l'historien-juriste continue à sélectionner, à distinguer et, par là, à classer pour constituer son monde par l'écriture juridique de l'histoire du droit, mode de production symbolique qui diffère seulement par ses buts immédiats et ses techniques spécifiques de la rhétorique juridique générale en tant qu'un tel discours d'institution tend à dominer, tout d'abord au profit de l'historien du droit et de sa position sociale, le monde par le mot: devoir objectif de tout juriste de tous temps⁽⁷³⁾. Il s'ensuit qu'on ne peut dépasser ce discours d'autorité institutionnellement garanti, à condition de s'exposer au risque de perdre la compétence sociale ou l'influence, la position mondaine du juriste. Tout porte à croire que ceci est nécessaire pour gagner la compétence scientifique à travers la découverte du droit historique comme instrument de pouvoir, donc à travers une rupture avec les évidences dont font partie les techniques de domination inculquées au cours de la première formation de l'historien du droit.

(73) HAFT, *Rhetorik* (n. 19), p. 21, 121.

ANTONIO MANUEL HESPANHA

L'INTERDISCIPLINARITA'
DI FRONTE A UNA DEFINIZIONE RELAZIONALE
DELL'OGGETTO DELLA STORIA GIURIDICA

Quando ci si interroga sulla possibilità e sui limiti della interdisciplinarietà, occorre definire innanzitutto l'entità delle ' discipline ' che costituiscono l'addentellato della interdisciplinarietà.

Niente di più difficile, al momento, per quanto attiene alla storia giuridica.

Normalmente, gli storici del diritto — posto che provengono dal territorio dei giuristi — credono nel diritto, cioè credono nella esistenza d'una realtà normativa sostanziale, dotata di una natura *a sé*, definita una volta per tutte (nella sua intenzione estrema) anche se sottomessa (ed è questo già un progresso degli ultimi decenni) a delle determinazioni del contesto sociale e politico. Tutti i nostri propositi sulla interdisciplinarietà, sono, in sostanza, condizionati dalla intangibilità del nostro territorio, dal rispetto della nostra definizione del diritto, una definizione che abbiamo ricevuto durante la nostra formazione di giuristi. La storia ' del diritto ' è — essa stessa — il prodotto di questa visione essenzialista in quanto storia d'una realtà essenzialmente permanente, anche se mutevole in superficie e nell'ambito delle congiunture. Dietro il fluire delle norme, delle istituzioni e dei dogmi, si avrebbe un diritto, cioè un insieme normativo unificato sincronicamente e diacronicamente da una identità degli effetti sociali che produce (gli ' effetti giuridici ', in opposizione agli ' effetti etici ', agli ' effetti politici ', etc.).

A questa idea immobilizzante, occorre, a mio avviso, opporre una concezione relazionale che identifichi l'insieme dei processi di socializzazione (o di dominazione, se si vuole) in vigore in un

certo spazio sociale, analizzando i mutui rapporti che intrattengono (rapporti di complementarità, di emulazione, di sostituzione, di mutua legittimazione). Questa analisi servirà a renderci manifesti — come in un campo di poli magnetici — i limiti di ciascun insieme (o polo) di processi di socializzazione coerenti (cioè legati da dei rapporti di perfetta sostituzione), come anche la natura dei legami che mantengono con gli altri poli. Ciò che si chiama 'il diritto', lo si troverà precisamente lì. Ma operando nesi — a seconda delle epoche, dei luoghi e dei campi sociali — con altri processi di socializzazione — la religione, in alcuni campi dei rapporti sociali; la pietà familiare, in altri; o, ancora, i mass-media, la retorica, l'assistenza sociale, la morale sessuale, la deontologia professionale la scienza, l'amore, per non parlare che di questi complessi 'indigeni' (cioè 'evidenti', spontaneamente percepiti), la cui vicinanza con il diritto è stata già evocata.

Si può dunque partire 'dal diritto', ma a condizione di essere coscienti del bisogno di sostituire, durante il cammino, a questa evidenza indigena, l'insieme 'verificato' in base a rapporti di vicinanza-opposizione svincolati dalla analisi del campo sociale. Ugualmente, si può partire da 'la scienza'; ma può darsi che, a cose fatte, si arrivi alla conclusione che l' 'effetto scientifico' è raddoppiato e rafforzato in un certo contesto, dallo 'effetto giuridico'. Al diritto si sostituiranno 'dei diritti', come forme mutevoli, nella loro natura e nei loro rapporti con altri contesti normativi e altre tecnologie disciplinari, realizzando l'integrazione sociale degli individui e dei gruppi.

Le conseguenze di questa definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica intorno a concetti come interdisciplinarietà o autonomia della storia 'del diritto' sono — lo si vede subito — considerevoli; meno, forse, nel senso di annullarla come disciplina che di costringerla a una problematizzazione costante del suo oggetto e dei suoi limiti. I mutamenti della storia giuridica sono dunque da registrare meno sotto l'etichetta della interdisciplinarietà che sotto quella di una nuova definizione — una definizione 'senza argini' — del suo oggetto.

ANTONIO MANUEL HESPANHA

UNE « NOUVELLE HISTOIRE » DU DROIT?

Une des caractéristiques majeures de l'histoire d'aujourd'hui est sûrement la découverte de l'autonomie des profils d'évolution des différents niveaux de la pratique humaine. Les anciens projets d'une histoire centrée sur un sujet donneur de sens (quelle qu'ait été la façon dont on le concevait) ont éclaté. À partir de leurs débris une pluralité d'histoires se sont constituées, dont l'inventaire commence à être fait ⁽¹⁾.

Parmi ces territoires nouveaux de l'historien on ne trouve pas, cependant, le domaine d'ailleurs classique de l'histoire juridique, même si des « faits juridiques » (des procès, des actes notariaux, des institutions criminelles) constituent une source très importante de quelques uns des travaux paradigmatiques de la nouvelle histoire. Fait paradoxal. Car, si la longue durée (aujourd'hui aussi dans des domaines non économiques) est la vedette de la nouvelle histoire, peu de phénomènes sont aussi permanents que les structures de base de l'ordre juridique européen. Et, si la problématique des « mentalités » est au coeur même de l'intérêt des nouveaux historiens, personne ne peut nier le rôle constitutif que le droit y joue.

1. Désormais, lorsque nous parlons de « nouvelle histoire », des classements s'imposent. Il faut, notamment, distinguer deux courants principaux, l'un correspondant à la prédominance de l'intérêt pour l'histoire économique et la civilisation matérielle, et le second issu d'un mouvement de revalorisa-

(1) V.g., E. LE ROY LADURIE, *Les territoires de l'historien*, Paris, 1983.

tion des « superstructures » et de mise en question des schèmes explicatifs du marxisme classique (mono-causalisme, économisme) (2).

Le premier aspect de la « nouvelle histoire » — ce qu'on peut appeler en propre « l'École des Annales » — trouve son origine dans une réaction au formalisme et au nominalisme de l'historiographie positiviste, pour qui la loi, le document juridique ou le traité constituent les chaperons de l'évènement. La mémoire de la société étant constituée par les registres juridiques, le modèle de la preuve scientifique étant le modèle judiciaire, l'histoire se constitue alors sous l'empire du droit, soit sur le plan de la matière première, soit sur celui des procédures méthodologiques. L'anti-juridisme de l'École des Annales ne doit donc pas surprendre, d'autant plus que l'influence marxiste conduit à une conception épiphénoménale de l'Etat et du droit, l'un et l'autre soumis à la détermination de l'économique (« le droit n'a pas d'histoire » avait laissé tomber K. Marx, dans un scolie assez énigmatique de l'*Idéologie allemande*).

Mais la consommation historiographique de l'Etat et du droit tient encore à d'autres servitudes méthodologiques (et idéologiques).

D'abord elle découle de l'insistance mise dans l'idéal méthodologique d'une histoire massive ou sérielle, où l'évènement isolé ou l'activité individuelle — voire, celle des « élites » (politiques, intellectuelles) — perd tout intérêt ou, même, toute légitimité en tant qu'objet historiographique. Or l'histoire du droit, telle qu'elle a été conçue par les historiens juristes, est outrancieusement élitiste et individualisante, dominée par l'efficacité constitutive du texte de la loi, de la norme juridique officielle ou de l'intervention doctrinale de tel ou tel juriste. Même le « populisme » de l'École Historique Allemande n'est qu'un effet exté-

(2) Sur la nouvelle histoire et ses « générations », v. J. LE GOFF et P. NORA, *Faire l'histoire*, tomes I-III, Paris, 1974; J. LE GOFF et al., *La nouvelle histoire*, Paris, 1978; E. LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, tomes I-III, Paris, 1973-1978; et, avec des renseignements bibliographiques très riches, H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène « Nouvelle histoire »*. *Stratégie et idéologie des nouveaux historiens*, Paris, 1983.

rieur, miné de l'intérieur par la croyance dans l'inévitable de la médiation doctrinale; le droit populaire (*Volksrecht*) n'est plus que l'« avant dire » rustre d'un droit savant (*Professorenrecht*).

Des difficultés analogues se posent pour ce qui est du quantitatif. Compter ... est-ce que cela peut avoir du sens dans le domaine du droit? La réponse des juristes est carrément négative. Ayant oublié les anciens dictons de l'art juridique sur la proximité entre la norme juridique et la norme de la statistique⁽³⁾, les juristes contemporains ont établi des distinctions tranchantes entre le fait et la norme, d'après lesquelles la dignité juridique n'appartiendrait qu'à cette dernière, promulguée ou reconnue par des instances formellement dotées d'une *potestas juris dicendi*. Une conclusion s'est imposée. Si l'histoire juridique tient à garder son autonomie et sa spécificité par rapport à l'histoire sociale, elle doit éviter d'analyser « les faits », les « pratiques »: ou bien ils sont conformes à la règle de droit et alors leur étude est tautologique et superflue, ou bien ils la contredisent et les prendre comme objet d'étude revient à pratiquer une histoire, peut-être légitime, mais sûrement non juridique. Les seules exceptions hors de cette clarté de vues seraient à rechercher, d'une part, dans des époques où la « reconnaissance » de la coutume transforme les « faits » en « droit », et, d'autre part, durant celles où le manque de sources normatives a orienté la stratégie historiographique vers les documents d'« application », toujours envisagés cependant comme des symptômes à partir desquels la norme (le droit dont ils étaient justement l'« application ») devrait être reconstituée. En tout état de cause, le recours à la « pratique » juridique ne pourrait se justifier pour l'époque moderne, étant donné le caractère officiel et savant du droit.

Poursuivons cet inventaire de doléances. Les historiens de la première génération de la « nouvelle histoire » avaient encore des réticences à l'égard du rythme historique de l'histoire juri-

(3) « Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt jura non constituuntur ... Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eveniunt » (Celsus, D., I, 3, 3-5); « Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat » (Paulus, D., 50, 17, 1).

dique, dominée par la courte durée, ponctuée d'innovations législatives de plus en plus frénétiques et de « découvertes » doctrinales. Il y a certes la très longue durée de la tradition juridique ou les longues et moyennes durées des écoles, mais la construction théorique de ces tranches de temps aurait très peu à voir avec la longue durée des historiens. Car, si l'idée de tradition juridique se rapporte à une conception linéaire et cumulative du temps et du progrès, dont le développement serein et majestueux ne saurait être rompu, les durées des écoles relèvent de la problématique « psychologiste » de l'influence — une « école » étant la durée de l'influence d'un auteur — ou de celle, en dernière analyse aussi « psychologiste », des styles culturels.

L'encadrement institutionnel des uns et des autres n'a pas facilité non plus le dialogue. Les historiens du droit sont en général des juristes, leur public est celui des Facultés de Droit, leur problématique celle de l'art juridique. En outre, l'histoire juridique est, de par sa situation au sein des études juridiques, soumise à une stratégie ancillaire: elle doit aider à une « compréhension » du droit en vigueur: tout d'abord, à l'interprétation « historique » des normes juridiques positives — ce qui amène à une restriction drastique (chronologique et thématique) du champ de la recherche —; ensuite, à la légitimation de l'ordre juridique. Car, d'une part, l'histoire le présente comme étant l'aboutissement d'un long travail de progrès de la raison juridique, d'une chronique multi-séculaire des triomphes du droit sur la force; et, d'autre part, elle autorise le dialogue trans-temporel entre les juristes, la confrontation des expériences historiques et, par ce biais, la découverte des « universaux » du droit (4).

Ce qui vient d'être dit nous renvoie directement à une autre problématique, peut-être encore plus fondamentale car liée au noyau de la réflexion sur le sens de l'évolution historique. Si au point central de la théorie de l'histoire de l'historiographie moderne se trouve l'idée de rupture — qui permet d'envisager le passé comme quelque chose d'autre par rapport au présent et

(4) En outre, les diversités de l'enracinement institutionnel ont des conséquences plus « pratiques », mais non moins efficaces: lieux différents de publication, étanchéité des carrières, querelles de prestige.

par la même de reproduire dans le domaine de l'histoire le type de rapport sujet-objet typique des sciences physiques (explication) —, au coeur de la démarche historiographique traditionnelle des juristes se trouve, par contre, l'idée de continuité (de la nature du droit, du sens de la justice, des schèmes du raisonnement juridique). Par un jeu de miroirs l'histoire serait — comme nous l'avons souligné — un instrument d'herméneutique juridique; mais, par contre, l'herméneutique juridique serait aussi un instrument de la compréhension historique. Ainsi s'explique l'exigence de la qualité de juriste pour un accès plein à la dignité d'historien du droit. La connaissance du droit n'intervient plus seulement comme un *prius* technique (un peu comme la paléographie ou la connaissance du latin), permettant de dominer les concepts et les techniques des juristes, mais aussi comme une expérience vitale sans laquelle nous n'aurions pas la possibilité de cerner le sens profond de la réalité historico-juridique. Le droit (la justice) et les hommes étant les mêmes, la saisie (compréhension) des rapports historiques des hommes au droit ne pouvait plus être acquise sans l'expérience vécue de cette même tension. Pour revenir à une vieille distinction, il ne s'agissait pas d'« expliquer », mais bien de « comprendre ».

La combinaison de tous ces facteurs explique la mauvaise presse de l'histoire politique, juridique et institutionnelle auprès des nouveaux historiens des deux premières générations. Jacques Julliard en dresse un bilan impressionnant: « victime de sa solidarité de fait avec les formes les plus traditionnelles de l'historiographie du début de ce siècle, elle conserve aujourd'hui encore un parfum Langlois-Seignobos qui détourne d'elle les plus douées, les plus novateurs des plus jeunes historiens... L'histoire politique est psychologique et ignore les conditionnements; elle est élitiste, voire biographique, et ignore la société globale et les masses qui la composent; elle est qualitative et ignore le sériel; elle vise le particulier et ignore la comparaison; elle est narrative et ignore l'analyse; elle est idéaliste et ignore le matériel; elle est idéologique et n'a pas conscience de l'être; elle est partielle et ne le sait pas davantage; elle s'attache au conscient et ignore l'inconscient; elle est ponctuelle et ignore la longue durée; en un mot, car ce mot résume tout dans le jargon des historiens, elle est

évènementielle. En somme, l'histoire politique se confond avec la vision naïve des choses ... elle ne mérite pas le nom de science, même affublée de l'épithète d'« humaine » et surtout pas de sociale »⁽⁵⁾. En gardant le style, on pourrait dire de cette litanie que, dans ses simplifications, « elle est maniquéiste et réductrice et, tout simplement, ignore l'histoire politique (et juridico-institutionnelle) ». Mais ce qu'il faut en retenir, pour le moment, ce sont les facteurs de méconnaissance du niveau politico-juridique par les teneurs d'un discours renouvelé sur l'histoire.

2. Quelques-uns des éléments du paradigme historiographique décrit ont subi des changements décisifs au cours des années soixante-dix. A un point tel qu'il devient légitime de parler d'une nouvelle génération de nouveaux historiens.

Des modifications sont intervenues, tout d'abord, sur le plan — décisif — de la compréhension du savoir historique ou, plutôt, de celui des « sciences humaines », avec lesquelles l'histoire conserve une étroite parenté. Ces changements peuvent être décrits, d'abord, comme marquant le recul de l'idée de « système social » conçu comme un ensemble de rapports d'inter-détermination et saisissable par des procédés semblables à ceux en vigueur dans les sciences physiques. Les ambitions de l'histoire deviennent plus modestes. Le grand tableau systématique, qui dominait les synthèses de Marx, de Weber ou de Toynbee, devient trop encombrant. Malgré les efforts des théoriciens marxistes de la société des années soixante et soixante-dix (*maxime*, L. Althusser et N. Poulantzas) visant à la création de modèles plus souples et plus diversifiés, le foisonnement quantitatif et thématique des recherches rend de plus en plus difficile l'intégration des résultats dans un cadre global cohérent. Une démarche « analytique » (pour utiliser une distinction de M. Foucault), centrée sur l'explication de l'individuel sans référence au système, l'emporte sur une démarche « systémique », dirigée à la reconstruction du modèle global. Les théories de longue portée cèdent devant celles de

⁽⁵⁾ J. JULLIARD, *La politique*, in *Faire l'histoire*, cit., II, 229. Sur la nouvelle histoire et l'histoire des institutions, v. H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène ...*, cit., 171-178.

courte et moyenne portée⁽⁶⁾. Comme si le « small is beautiful » avait atteint aussi le domaine de l'explication historique et les historiens, eux aussi, avaient délaissé les technologies lourdes et s'étaient tournés vers les technologies appropriées. Le grand système, s'il n'est pas une erreur théorique, est devenu, pour le moins, un embarras pratique⁽⁷⁾.

Le second changement concerne le dépassement de l'économicisme et la découverte de la complexité des rapports entre la « base » et la « superstructure ». Le mono-causalisme de l'interprétation economiciste de la société est mis en question. Malgré quelques gratignures, le marxisme s'est très bien porté car, de son propre côté, le renouveau althussérien et la lecture attentive de Gramsci ont provoqué une sensibilité accrue aux moments dits superstructurels. En effet, la prise de conscience de l'autonomie — et, même, de l'efficacité causale — de ces moments, elle aussi, a pu être absorbée par le marxisme par le biais des théories de la « détermination en dernière instance », de la « sur-détermination », tandis que l'opposition gramscienne entre « domination » et « direction » a permis soit de rallier l'apport webérien pour l'analyse du pouvoir, soit de rendre compte des formes douces de domination, dont la recherche a été mise à la mode surtout par les oeuvres de M. Foucault et de P. Bourdieu. Les difficultés d'une théorie systématique du marxisme⁽⁸⁾ ne se sont posées qu'au

(6) Dans ce sens, voir D. GROH, *Le « Sonderweg » de l'histoire allemande: mythe ou réalité?*, dans *Annales Ec. Soc. Civ.*, 1983-85, 1166-1187.

(7) Il est encore trop tôt pour connaître la signification de ce recul devant une explication générale. La société est-elle irréductible à un modèle général? Mais, dans ce cas, qu'est-ce qu'expliquer? qu'est-ce que l'analyse d'un processus social ou humain particulier? quel est son point d'ancrage? Ou, par contre, ne disposons-nous, pas encore, d'un modèle suffisamment complexe, capable de rendre compte de toute la richesse du réel? A mon avis, en tous cas, est encore fort risqué produire des proclamations solennelles sur la mort des systèmes explicatifs dans les sciences humaines. Ce serait un fait inouï qu'un savoir puisse faire des progrès sans tisser des rapports explicatifs et que l'explication puisse s'établir sans une référence à un contexte systématique (quel que soit la notion de système).

(8) Le marxisme anglais, très prudent envers les stratégies systématiques de longue portée — cf. la critique adressé au « théoricisme » althussérien par E.P. THOMPSON (*The poverty of theory*, 1978) — et

moment où l'on a franchi les barrières de la « détermination en dernière instance », notamment lorsque sur les traces de la théorie politique libérale on a fait du pouvoir (ou de la lutte pour le pouvoir) une variable tout à fait indépendante, soulignant même le caractère anti-économique (*hoc sensu*) de certains modèles d'action politique. Ou lorsqu'on s'est essayé à une explication psychanalytique du pouvoir, jouant sur les rapports entre l'amour de l'obéissant ou la jouissance du puissant et certains thèmes de l'analyse des rapports sado-masochistes ou de la sublimation de l'amour charnel interdit. Ou enfin lorsqu'on a substitué aux concepts marxistes de détermination ceux des modèles cybernétiques d'interaction égalitaire et multi-latérale, d'équilibre et de réduction de l'entropie. Quoi qu'il en soit, ce dépassement de l'économicisme — soit d'un economicisme de souche marxiste, soit d'un « fétichisme des prix » très commun durant la première génération des *Annales* — a permis une mise en valeur nouvelle des histoires du pouvoir et des mentalités, désormais conçues comme des thèmes légitimes d'une démarche historiographique autonome.

3. En tout état de cause, l'histoire du droit et des institutions, quoique utilisée et objet de référence, n'a pas, jusqu'à présent, suscité un net regain d'intérêt comme domaine autonome de recherche. Une bonne partie des anciens obstacles est dépassée, mais la marginalisation de l'histoire politico-institutionnelle s'explique aujourd'hui surtout — à mon avis — par trois ordres de raisons.

D'abord, les circonstances organiques font du droit et des institutions une question d'équipes — parfois auto-suffisantes, « corporatives » et fermées à la problématique plus moderne de l'historiographie générale — d'historiens des Facultés de Droit,

adoptant des paradigmes explicatifs plus « partiels » et moins rigides, semble moins exposé à la contestation. Il conserve une énorme influence, aussi bien au niveau de la formulation des questions, qu'au niveau de l'exposition et du vocabulaire (où des expressions pudiquement évitées sur le Continent sont, par contre, courantes au-delà de la Manche).

où les stratégies historiographiques herméneutiques et légitimatrices sont toujours présentes. L'histoire du droit n'y est alors acceptée par les collègues juristes que si elle représente le passé d'après la grille de leurs préoccupations dogmatiques⁽⁹⁾.

D'autre part, la mauvaise presse de l'histoire du droit s'est maintenue: formalisme, culte de subtilités, piétisme devant le passé, manque de virtualités explicatives, etc.

Finalement, l'histoire du droit (comme l'histoire de la théologie — une autre branche ignorée) est une discipline très exigeante du point de vue des formations préalables qu'elle requiert — le latin, la connaissance de la technologie juridique, la maîtrise d'une littérature (primaire et secondaire) immense, hérissée de détails (significatifs), construite sur la controverse et la discussion subtile et spécieuse. Tous ces obstacles pratiques jouent à un point tel que, souvent, les objections théoriques à l'histoire du droit semblent n'être que la rationalisation des écueils pratiques de la recherche.

Une fois dressé le bilan des orientations nouvelles de l'histoire générale, il est possible d'envisager la place que l'histoire juridico-politique peut occuper dans l'ensemble des stratégies d'étude du passé.

4. La fonction la plus humble à laquelle le droit et les institutions peuvent prétendre est, dès lors, de constituer la source des autres branches de l'histoire sociale et culturelle.

En effet, l'utilisation des sources juridiques par l'histoire sociale et par celle des mentalités est devenue assez fréquente. Le classique *Montaillou ...* de E. Le Roy-Ladurie se fonde sur des procès de l'Inquisition, c'est-à-dire, sur des textes judiciaires de droit canonique. Les mêmes procès de l'Inquisition sont encore la source d'une série de travaux d'histoire sociale en Espagne

(9) Deux exemples: le retentissement sur l'histoire juridique, au cours des années cinquante et soixante, de la discussion autor des méthodes systématiques ou topiques; et la faveur connue dans l'historiographie juridique espagnole contemporaine par la question « forale ». Dans le deux cas, les juristes ont éprouvé le besoin de recourir à l'argument historique; dans les deux cas, toutefois, l'histoire a été assez mal servie.

et en Italie. M. Vovelle cerne la vision moderne de la religion et de la mort⁽¹⁰⁾ par le biais des formules juridico-notariales des testaments. Nicole et Yves Castan — dans des oeuvres où le monde du droit est déjà un peu plus qu'une source, mais qui ne se considèrent pas comme des travaux d'histoire juridique — prennent appui sur l'étude des pratiques judiciaires pour reconstruire les stratégies modernes des pouvoirs (soit du pouvoir central s'efforçant de contrôler la société, soit des pouvoirs locaux construisant leurs réseaux par le biais de mécanismes informels de résolution des conflits)⁽¹¹⁾. De son côté, M. Foucault (et tous ceux qui l'ont suivi dans l'étude de la marginalisation, de la répression et de la discipline⁽¹²⁾) s'oriente vers les domaines du droit pénal, de l'administration pénitentiaire, de la discipline juridique de l'entreprise (voire des fabriques⁽¹³⁾), de l'assistance publique, du droit de la famille et de la discipline (juridique) de la sexualité.

L'exploitation des sources juridiques exige cependant — comme ces oeuvres exemplaires (mais pas toutes les autres) le prouvent — des connaissances approfondies du monde du droit, sans lesquelles les sources deviendraient des *via crucis*, des mystères ou des pièges.

⁽¹⁰⁾ M. VOVELLE, *Piété baroque et déchristianisation en Provence au XVIIe siècle*, Paris, 1973; *Mourir autrefois. Attitudes collectives devant la mort aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, 1974.

⁽¹¹⁾ N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris, 1980; *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire (1750-1790)*, Toulouse, 1980; Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc (1715-1780)*, Paris, 1974.

⁽¹²⁾ Pour des indications bibliographiques, H. COUTAU-BEGARIE, *Le phénomène ...*, cit., 154 s.; pour une réflexion méthodologique sur l'apport de M. Foucault dans ces domaines, v. A. SERRANO GONZALEZ, *Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad*, dans *Anuario de filosofia del derecho*, 1984, 331-343.

⁽¹³⁾ Recueil important de matériaux, sous la responsabilité d'un spécialiste de l'histoire européenne de l'organisation juridique de la fabrique et de l'assistance sociale: *Wege zur Arbeitsgeschichte. Herausgegeben von Harald Steindl*, dans *Ius commune*, Sonderheft 20, Frankfurt/Main, 1984.

5. Il est cependant légitime que l'histoire juridique s'attende à une place plus distinguée que celle de Cendrillon vis-à-vis de ses soeurs.

Mais il est évident que l'octroi d'une telle situation exige la résolution préalable de deux questions relatives à l'utilité et à la légitimité d'une histoire régionale du droit.

La première de ces questions évoque le problème de l'« efficacité explicative » du droit et de son discours par rapport aux faits sociaux et culturels. La deuxième se rapporte à la légitimité d'une histoire régionale du droit, au sein d'un courant qui, depuis ses débuts, entretient le projet d'une histoire globale.

5.1. Pour ce qui est de la première question, la plupart des historiens non juristes se méfient des schèmes explicatifs — classiques dans l'histoire juridique traditionnelle — qui accordent au droit et au discours juridique beaucoup d'influence sur les pratiques et les idéologies sociales. Leurs arguments sont impressionnants. En effet, la distance entre le droit (officiel) et la pratique est un fait constatable à toutes les époques, mais hier encore plus qu'aujourd'hui, tandis que l'influence sur la mentalité collective d'un discours hermétique comme celui des juristes — outre le fait d'être écrit en latin — peut être légitimement problématisée.

De toute façon, même si l'on ne rejoint pas le « juridicisme » de l'histoire juridique traditionnelle et si l'on accepte le caractère minoritaire du droit officiel et de la doctrine juridique savante, le rôle explicatif du droit dans l'interprétation des pratiques et des mentalités ne doit pas être méconnu.

En ce qui concerne le discours juridique savant, il faut être conscient de certaines caractéristiques de sa structure qui, malgré d'autres aspects, le rendent extrêmement reproductif. Je me réfère, surtout, à sa nature « aphoristique »⁽¹⁴⁾ — i.e., à la capacité des juristes d'accumuler des idées-force de régulation sociale dans des

(14) L'expression est empruntée à M. McLuhan (*The Gutenberg galaxy*, Toronto, 1962) qui aurait été inspiré par W. Ong dans son oeuvre sur Pierre de la Ramée et le dépassement de la logique médiévale (*Ramus Method and the decay of dialogue. From the art of discovery to the art of reason*, Cambridge Mass., 1968).

formules concentrées et plastiques, capables d'infiltrer le discours commun et d'y jour comme des noeuds décisifs dans la production du consensus social. Le discours idéologique (et, plus généralement, l'idéologie du discours) de l'époque moderne est noyauté par les juristes savants. Leurs topiques y tiennent, malgré les écarts linguistiques (ou, même, par la *multiplex interpretatio* que cet écart permet), un rôle argumentatif central. Même si les gens ne les lisent pas⁽¹⁵⁾, ils savent par coeur des dictons comme *ius suum cuique tribuere, pacta sunt servanda, le mort saisit le vif, princeps legibus solutus, nulle terre sans seigneur*.

Mais, d'autre part, l'histoire du droit n'est pas seulement l'histoire du droit savant et officiel. L'histoire du droit pratiqué ou du droit des communautés paysannes, désigné comme « droit des rustiques » par les juristes érudits⁽¹⁶⁾, constitue, elle aussi, un domaine de l'histoire juridique, si discrète que soit l'historiographie établie dans les Facultés de Droit sur de pareils sujets. Et, dans ces domaines, la vie ne s'écarte pas du droit, même si le droit (en tant qu'ordre normatif, voire norme de vie) garde une distance par rapport à la pratique quotidienne.

Ce qu'on vient de dire nous conduit à poser une deuxième question: peut-on légitimement séparer l'histoire juridique de l'histoire sociale globale?

En effet, compte tenu du fait que la considération des droits non officiels élargit énormément le contenu des notions de norme, de juridicité, de transgression ou de déviation, ne pourrait-on dire que, par ce biais, c'est bien l'autonomie de l'histoire juridique par rapport à l'histoire de la société globale qui est mise en question? Devant cette idée de l'immanence du droit, reste-t-il la possibilité de parler d'une histoire « juridique »? Si l'historien du droit doit étudier les pratiques sociales d'où jaillit le

(15) Le problème de la diffusion de la littérature juridique est encore à étudier. Pour le moment, v. l'importante introduction méthodologique de F. RANIERI, *Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie. Einige methodologische Vorüberlegung*, dans *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/Main, 1982.

(16) V. mon article *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, dans *Ius commune*, 1983, 1 ss.

droit, les réseaux informels où se produisent les normes, est-ce qu'elle conserve une autonomie (du côté et de l'objet et des méthodes) dans sa démarche, par rapport à celle des historiens du tout social?

Il faut dire que ce genre de discours oblitère non seulement l'histoire juridique, mais toutes les histoires régionales, même celles bien établies comme l'histoire des mentalités ou l'histoire économique. Or une des idées-force de la nouvelle histoire est bien la conciliation de l'idée d'interdépendance (contingence) de la pratique et celle de pluralité des temps et des profils d'évolution des différents niveaux. L'acquisition de l'idée d'une histoire polycentrée est l'un des exploits théoriques majeurs de la seconde génération de la nouvelle histoire. Et l'on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait valoir dans le domaine du droit.

Quoi qu'il en soit, cet élargissement du concept de droit ne dissout pas — à mon avis — l'histoire juridique dans une histoire globale de la société. En effet, tandis que celle-ci s'occupe de tout ce qui — sur le plan de la conjoncture ou de la structure — constitue le tissu social, l'histoire du droit vécu traite surtout des visées ou des projets de longue durée d'une communauté, qu'elle cristallise autour de normes ou en des institutions. Normes et institutions qui, ultérieurement, peuvent acquérir des dynamiques propres, autonomes vis-à-vis du projet idéologique qui les soutenait. Et il n'est pas rare que, dans ce mouvement de cristallisation normative et institutionnelle, les stratégies sociales ne soient pas surdeterminées par des formes et par des formules issues du droit savant. Par le biais des aphorismes juridiques, des traditions organisatrices mises au point par les juristes, de la littérature juridique vulgaire (notamment, de l'art notarial), les pratiques juridiques communautaires rejoignent les traditions du droit savant qui les emportent dans des développements a-fonctionnels ou même anti-fonctionnels. Le mouvement de *feed-back* commence. L'institution et la norme instaurent des modèles d'action et de pensée, deviennent des investissements, des *habitus*, qui se reproduisent de façon automatique. Le rapport fonction-forme se renverse. La matérialisation d'une idée sociale devient productrice de nouvelles idées.

6. Une fois écartées ces questions de principe, il est possible de faire le bilan de quelques unes des stratégies de recherche dans le domaine de l'histoire juridique correspondant plus aux préoccupations théoriques et méthodologiques de la nouvelle histoire.

6.1. Tout abord, envisageons l'étude du discours juridique comme appareil, à plusieurs niveaux, de production idéologique.

Si nous reprenons les voies ouvertes par la sémiologie et aussi par une certaine phase de l'oeuvre de M. Foucault (*L'archéologie du savoir*, 1969, *L'ordre du discours*, 1970) il est en effet possible d'envisager le discours juridique comme une structure historique relativement autonome (des intentions des sujets), qui agence avec des cadres formels (concepts, modèles logiques, stratégies argumentatives) (niveau syntactique) les objets découpés par ces mêmes cadres dans un réel vécu (niveau sémantique), qui crée des environnements institutionnels et des status sociaux pour les locuteurs (niveau pragmatique).

Dans une histoire de ce type, des approches comme celles de Th. Viehweg, de Ch. Perelman — dégagées de leurs intentions actualistes —, de V.P. Mortari, de L. Lombardi, de F. Horak, de M. Herberger, bref, de tous ceux qui se sont occupés de l'histoire du raisonnement juridique, auront certainement une place importante.

Mais ces études sur les moments syntactiques doivent être complétées par d'autres.

D'une part, il faut mettre en lumière les rapports (dialectiques) entre la structure logico-discursive et le monde des objets visés. Car, s'il est vrai que les possibilités de référer des objets de la réalité sociale (en les transformant en objets du discours juridique) dépendent de l'organisation syntactique du discours, il n'en est pas moins vrai que le besoin de viser d'autres réalités (besoin issu, notamment, de l'environnement institutionnel et social du discours) peut amorcer un remaniement de cette organisation⁽¹⁷⁾. C'est à ce moment que la vieille histoire dogmatique

(17) Il s'agit d'un mécanisme pareil à celui décrit par Kuhn quant aux rapports entre le paradigme et les faits nouveaux (issus de formes

(*Dogmengeschichte*) peut être remise en valeur, si nous la purifions de son « naturalisme » (les dogmes juridiques reproduisant la nature des choses ...) ou de son « essentialisme » (... ou des essences rationales) et si nous y introduisons la notion d'arbitraire (un arbitraire « réglé ») des signes. Un exemple de cette nouvelle histoire des dogmes peut être fourni par le type d'études dominant dans ces « Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno ».

D'autre part, on ne peut pas oublier que le discours juridique est une pratique enracinée dans le social. Il développe un champ institutionnel, ses teneurs ont un statut social et ses produits (dogmes, topiques, stratégies) servent des stratégies de pouvoir. Le discours juridique constitue enfin de lieu d'en enjeu social. Les rapports du discours à la réalité sont complexes et ambivalents. D'un côté, comme nous l'avons vu pour les objets, c'est le discours lui-même qui engendre ces rapports — le « style », les genres littéraires ou la langue technique déterminent l'auto-taire. L'univers des objets traités détermine l'impact réel des dire; les « voisinages théoriques » et les « systèmes de références » assignent des « voisinages institutionnels » et des critères de légitimation des tenants du discours. Mais tout cet échafaudage de dire, de rites et d'institutions qui forme la pratique discursive du droit constitue aussi un lieu d'investissements politiques et symboliques, où, avec des mots, des choses sont faites — on tisse des rapports (« je vous déclare mari et épouse »), on les dissout (« la séance est levée »), on crée des sujets (les *personae fictae*), on les anéantit (réduction à l'esclavage). Mais, surtout, où, par la seule force d'un discours qui se réclame tant de l'autorité que de la rationalité (d'une rationalité établie, *ratio scripta*, ou « sage », *bona ratio*), on crée un habitus social qui permet aux pouvoirs une reproduction bon marché, sans recours aux formes lourdes de la violence. Le discours juridique peut donc être envisagé comme lieu (et non seulement comme un

nouvelles de contact pratique avec la réalité). Le premier n'admet que les faits nouveaux compatibles avec les structures théoriques établies, mais la force « pratique » des faits refoulés peut forcer une révolution de ces théories.

instrument) d'enjeux politiques. Cette direction de recherche — analyse pragmatique ou sociologie historique du discours juridique — n'est pas sans exemple dans le domaine de l'histoire juridique, surtout en Italie, avec des historiens comme A. Schiavone⁽¹⁸⁾, P. Costa⁽¹⁹⁾, M. Sbriccoli⁽²⁰⁾ ou R. Ajello⁽²¹⁾. En Espagne, l'oeuvre de B. Clavero obéit à ce projet d'un dévoilement des fonctions politiques du discours des juristes du *ius commune*⁽²²⁾, tandis qu'une étude de R. Kagan aborde le milieu des juristes sous la perspective des luttes pour le pouvoir dans la société castillane⁽²³⁾ (24).

Il est facile de voir comme les lignes d'orientation de cette stratégie de recherche sont au coeur même des thèmes majeurs de la nouvelle histoire: le recul par rapport au manifeste et la recherche de l'impensé des discours; le dévoilement des déguisements des stratégies de pouvoir (en stratégies « scientifiques », « théoriques », « descriptives »); la recherche des continuités discursives (de la « langue » des juristes) sous le foisonnement de l'invention quotidienne (de leur « langage »); la mise en évidence de la fonction vicariante de la persuasion subliminaire (« incul-

(18) *La nascita della giurisprudenza*, Bari, 1974.

(19) *Iurisdiction. Semantica del potere politico medievale (1100-1433)*, Milano, 1969.

(20) *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione del giurista nell'età comunale*, Milano, 1969.

(21) *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, 1977; ou P.L. ROVITO, *La respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli dei seicento*, Napoli, 1981.

(22) V. USURA, *Del uso economico de la religión en la historia*, Madrid, 1985.

(23) *Students and society in early modern Spain*, Baltimore, 1974.

(24) Cette voie de recherche visant le dévoilement des enjeux politiques du discours juridique (en tant que champ théorique) et de son support (les juristes, en tant que corps institutionnalisé) contraste avec une autre, dominante dans l'historiographie française, relative à l'« origine et liaisons sociales » des juristes, en tant qu'individus (v. J. Ph. Genet, B. Guenée, F.-X. Emmanuelli, J.R. Strayer, F. Autrand, R. Fédou, M. Antoine). Cette deuxième orientation réduit souvent, à mon avis, l'autonomie de la pratique discursive et institutionnelle des juristes, ignorant les mécanismes par lesquels elle surdétermine une « conscience possible » issue du status social originaire des juristes.

cation») par rapport à la violence. Ce sont tous des thèmes présents dans l'univers théorique auquel la nouvelle histoire se rapporte volontiers.

6.2. Une seconde stratégie de la recherche découle de l'application à l'histoire juridique et institutionnelle des nouveautés de la réflexion moderne sur le pouvoir — notamment, le lieu et les formes du politique.

La discussion sur le lieu du politique est née, comme on le sait, de la critique de l'« illusion étatique » bâtie par la théorie politique et du droit public de l'école positiviste libérale⁽²⁵⁾. En plus d'une conception formaliste et centraliste (et sacralisante) du système contemporain du pouvoir, cette théorie a conduit à une construction rétrospective de l'histoire politique, juridique et institutionnelle des époques pré-révolutionnaires, d'après laquelle la spécificité du système des pouvoirs de l'ancien régime est ignorée, au profit d'une généalogie des éléments du système étatique contemporain.

Par contre, la réflexion actuelle sur le pouvoir a découvert non seulement que celui-ci n'avait pas de lieu central d'où il jaillirait vers la périphérie, mais qu'il n'avait aucune place, car il est partout — dans les prisons comme dans les familles, dans les polices comme dans les usines, dans les parlements comme dans les académies, dans les partis comme dans les confessionnaux. Partout se tissent des rapports inégalitaires, se développent des pratiques disciplinaires et s'instituent des formes lourdes ou douces de violence⁽²⁶⁾.

Cette nouvelle conscience du caractère « moléculaire » ou « micro-physique » du pouvoir, qui va de pair avec l'expérience de son polymorphisme, n'est pas d'un usage commode pour les

(25) Pour une synthèse informée de ces mouvements théoriques, v. J. CHEVALIER et D. LOSCHAK, *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, Paris, 1978; *Le modèle centre-périphérie*, dans *Centre, périphérie, territoire*, Paris, 1979.

(26) Pour la réflexion politique de M. Foucault, qui reprend et développe des motifs de souche weberienne et gramscienne, M. FOUCAULT, *Micrifísica del poder*, Madrid, 1978; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; H. DREYFUS et P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, 1984.

historiens du droit et des institutions, habitués aux contours nets de leur champ d'étude. Maintenant que le pouvoir est partout et doit être recherché partout, c'est tout le champ d'une discipline de recherche, longuement expérimentée, qui se perd.

La spécificité même de son objet est mise en cause: dans cette multiplicité des formes de pouvoir, qu'est-ce qui revient à l'histoire juridico-politique?

Il y a, certes, des atouts théoriques.

E. Ehrlich, déjà lui, a insisté sur le caractère immanent, pré-étatique, du droit. Il a signalé que la science juridique (l'histoire du droit) devrait avoir comme objet le « droit vivant », l'« ordre interne des associations sociales ». Les institutionnalistes (sur les traces de l'organicisme de O. v. Gierke) ont aussi visé ce droit spontané⁽²⁷⁾. Du côté marxiste, A. Gramsci a distingué la « direction » de la « domination », en faisant l'inventaire des institutions respectivement concernées; tandis que l'analyse politique aurait affaire à l'une et l'autre, l'analyse juridico-institutionnelle ne toucherait que la seconde. Mais, dans ce trois cas, le niveau juridico-institutionnel gardait une primauté finale, ou bien parce que les mécanismes informels de pouvoir n'étaient que l'« avant droit », sa destinée étant une épanouissement institutionnel, ou bien en vertu du caractère ancillaire et « vicariant » des mécanismes idéologico-disciplinaires vis-à-vis des mécanismes de la « grande politique ».

Dans un de ses derniers écrits, M. Foucault — responsable majeur d'une pan-politisation de l'analyse sociale⁽²⁸⁾ — entre-

(27) V. P. FITZPATRICK, *Marxism and legal pluralism*, dans *Australian journal of law & society*, I (1983), 46.

(28) Dans la dernière phase de l'oeuvre de M. Foucault (à partir de *Surveiller et punir*, 1975), l'analyse des mécanismes du pouvoir domine la réflexions de l'auteur. Le « dispositif » — ensemble structuré de pratiques (« les discours, les institutions, les dispositions architecturales, les règlements, les lois, les mesures administratives, les énoncés scientifiques, les propositions philosophiques, la moralité, la philanthropie, etc. ») qui produit, soit le savoir, soit le pouvoir (comme réalités corrélatives) se substitue à l'« episthémé » — ensemble structuré des pratiques discursives produisant un savoir. La nouveauté est, donc, l'inclusion du pouvoir (aux côtés du savoir) dans l'objet d'analyse. L'énonciation citée des composantes du dispositif nous informe déjà de l'ampleur du champ du pouvoir. En vérité, tout

prend un essai de description des insuffisances d'une perspective institutionnaliste dans le domaine d'une analyse politique consciente de l'omniprésence du pouvoir⁽²⁹⁾. Voilà les termes de la opposition: « On peut — je veux dire: il est parfaitement légitime de l'analyser dans des institutions bien déterminées; celles-ci constituant un observatoire privilégié pour les saisir, diversifiées, concentrées, mises en ordre et portées, semble-t-il, à leur plus haut point d'efficacité; c'est là, en première approximation, qu'on peut s'attendre à voir paraître la forme et la logique de leurs mécanismes élémentaires. Pourtant, l'analyse des relations de pouvoir dans les espaces institutionnels fermés présente un certain nombre d'inconvénients. D'abord le fait qu'une part importante des mécanismes mis en oeuvre par une institution sont destinés à assurer sa propre conservation amène le risque de déchiffrer, surtout dans les relations de pouvoir « intra-institutionnelles », des fonctions essentiellement reproductrices. En second lieu, on s'expose, en analysant des relations de pouvoir à partir des institutions, à chercher dans celles-ci l'explication et l'origine de celles-là, c'est-à-dire en somme à expliquer le pouvoir par le pouvoir. Enfin, dans la mesure où les institutions agissent essentiellement par la mise en jeu de deux éléments: des règles (explicites

y est; rien n'échappe à une intégration virtuelle dans une stratégie de pouvoir. Stratégies qui se tissent à tous les niveaux de l'organisation sociale. Ce qui n'existe pas, c'est un Pouvoir, situé à des endroits donnés, virtuel, saisissable et jouissable. Plutôt qu'un objet abstrait, le pouvoir ce sont des mécanismes (des luttes, des stratégies) concrets. Des mécanismes par lesquels on conditionne l'adversaire, en construisant un scénario d'action et en lui assignant une place dans ce scénario. V., sur ce thème, H. DREYFUS & P. RABINOW, *Michel Foucault ...*, cit., Paris, 1984.

(29) « Le pouvoir, au fond, est moins de l'ordre de l'affrontement entre deux adversaires, ou de l'engagement de l'un à l'égard de l'autre, que de l'ordre du « gouvernement » ... la manière de diriger la conduite d'individus ou de groupes: gouvernement des enfants, des âmes, des communautés, des familles, des malades. Il ne recouvrait seulement des formes instituées et légitimes d'assujétissement politique et économique; mais des modes d'action plus ou moins réfléchis ou calculés, mais tous destinés à agir sur les possibilités d'action d'autres individus. Gouverner, en ce sens, c'est structurer le champ d'action éventuel des autres (M. FOUCAULT, *Deux essais sur le sujet et le pouvoir*, dans H. DREYFUS & P. RABINOW, *Michel Foucault ...*, cit., 314).

ou silencieuses) et un appareil, on risque de donner à l'un et l'autre un privilège exagéré dans la relation de pouvoir et donc à ne voir en celles-ci que des modulations de la loi et de la coercition. Il ne s'agit pas de nier l'importance des institutions dans l'aménagement des relations de pouvoir. Mais de suggérer qu'il faut plutôt analyser les institutions à partir des relations de pouvoir et non l'inverse; et que le point d'ancrage fondamental de celles-ci, même si elles prennent corps et se cristallisent dans une institution, est à chercher en deça »⁽³⁰⁾.

Quelques paragraphes plus loin, Foucault dresse un programme-type de recherche dans le domaine des relations de pouvoir. Ce programme se développe en cinq directions de recherche: 1) le système des différenciations (qui permet à quelqu'un d'agir sur les autres); 2) le type d'objectifs poursuivis par ceux qui agissent sur les autres; 3) les modalités instrumentales de l'action; 4) les formes de son institutionnalisation; 5) les degrés de rationalisation de l'ensemble des relations de pouvoir. Même au niveau de l'analyse institutionnelle, la recherche doit donc s'adresser à des entités qui ne font pas partie de l'objet de l'histoire juridico-institutionnelle: en effet, les structures juridiques y côtoient les phénomènes d'habitude, la mode, les institutions scolaires, etc.

Si on observe Foucault à l'oeuvre, on s'aperçoit de l'ampleur du concept d'institution — l'hôpital, l'asile, la fabrique, la prison, l'école, l'institution d'assistance, la procédure judiciaire, la famille, les institutions académiques et scientifiques; en un mot, tous les ensembles de règles (même si elles sont implicites ou silencieuses) et d'appareils qui permettent de mettre en condition l'action des autres. Mais, de surcroît, on constate aussi la richesse des ensembles stratégiques dont elles font partie. La prison, par exemple, s'articule, à une infinité de technologies disciplinaires dont le résultat est la mise en oeuvre aussi bien d'un pouvoir qui s'exerce par la vigilance, le quadrillage, la fixation des sujets, que d'un savoir visant l'identification du normal et du déviant. La procédure inquisitoriale, de son côté, déborde

(30) M. FOUCAULT, *Deux essais ...*, cit., 316.

du domaine strict du procès judiciaire, pour s'inclure dans une stratégie générale d'exercice du pouvoir typique d'abord de l'Eglise et, après, de ce qu'on appelle d'ordinaire l'Etat moderne: dominer par l'établissement d'une connaissance des sujets, obtenue par l'enquête. Stratégie qui comprend, soit l'*inquisitio iudicialis*, soit tout un éventail progressif de mécanismes tournés vers l'obtention d'un savoir sur le territoire et sur ses habitants (cadastre, cartographie, rapports des intendants, etc.). Mais, de surcroît, cette stratégie produit un paradigme gnoséologique, un idéal de science, d'une ampleur très général⁽³¹⁾. La loi, enfin, ne représente qu'un des moyens de fixer une limite de variation à la liberté d'action de l'adversaire. Moyen qui n'est pas le seul et, surtout, qui souvent ne constitue pas la stratégie la plus efficace, car il y a d'autres formes de « ritualisation » des comportements par le biais desquelles on crée des scénarios encore plus contraignants et dont la violence est encore plus déguisée — par exemple, les définitions « scientifiques » du normal et du déviant.

Comme Foucault, lui-même, le reconnaît, les outils de l'historiographie juridique traditionnelle — les modèles juridiques (qu'est-ce qui légitime le pouvoir?) ou les modèles institutionnels (qu'est-ce que l'Etat) — sont dérisoires pour cerner toute l'ampleur du politique et, donc, tous les enjeux qui se jouent autour du droit et des institutions.

Un témoignage équivalent sur l'inutilité théorique des outils méthodologiques hérités de la construction juridico-politique positiviste et libérale nous vient du côté des jus-sociologues, surtout des courants (*maxime* anglo-saxoniques) engagés dans des recherches sur le pluralisme juridique et sur les stratégies non judiciaires de composition des conflits. La pluralité des champs de juridicité et d'instances d'institutionnalisation de cette juridicité, même au sein des modernes systèmes « étatiques », reflète le caractère minoritaire et progressivement rétréci du droit et du pouvoir officiel et prouve, du même coup, l'insuffisance d'une réfle-

(31) Cf. M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, cit., 74 ss.; M. FOUCAULT, *Deux essais ...*, 306.

xion (politique, sociologique ou historique) limitée à ces derniers domaines ⁽³²⁾.

Malgré l'ampleur de la discussion autour de ces nouvelles perspectives sur l'omniprésence du pouvoir, sur l'éclatement de l'Etat et sur la pluralité des droits (« justice in many rooms », pour utiliser une expression de M. Galanter), on a l'impression d'être encore sur un terrain à contours flous pour ce qui est de la définition des limites de notre discipline. Du moins, il n'y a, pour le moment, rien de comparable à l'efficacité des anciens critères de distinction de l'histoire juridique et institutionnelle — institutions formelles, pouvoir « public », contrainte, « usage légitime de la force », etc. Reprenant les mots de M. Galanter, on dirait que, habitués à une seule chambre, depuis longtemps aménagée et rendue commode, les jus-historiens se sentent peu à l'aise dans les autres chambres de la justice, sont gênés par l'idée d'y cohabiter avec d'autres historiens et, finalement, regrettent le temps perdu dans les couloirs méthodologiques qui mènent à ces nouveaux espaces.

En tout état de cause, si on ne tombe pas dans le désarroi d'une identité perdue et, surtout, si on ne s'attache pas à des définitions figées et essentialistes de son domaine d'études, on peut bien profiter de cet assouplissement des barrières disciplinaires. En effet, la dissolution de l'objet classique d'étude permet qu'on s'adresse à des objets nouveaux, qu'on formule autrement les problèmes, qu'on établisse des rapports auparavant insoupçonnés.

Par exemple, la théorie du caractère délégué des pouvoirs de la bureaucratie, typique de la théorie politique libérale, concevait les appareils administratifs comme des instruments dociles et transparents des centres formels du pouvoir et la politique comme séparée de l'administration, car la politique ne se trouvait qu'aux sommets de l'Etat. Les nouvelles approches, par contre, permettent d'envisager une pluralité de champs de pouvoir et,

⁽³²⁾ Sur ce thème v. M. CAPPELLETTI (ed.), *Acces to justice*, Firenze, 1982; *L'accès à la justice et l'Etat providence*, Paris, 1984; et, dernièrement, les communications à la 4^e *European Conference of Critical Legal Studies*, Coimbra, avril 1985 (en cours de publication).

donc, l'autonomie du fonctionnement politique des bureaucraties ou les enjeux de pouvoir qui se jouent dans l'épaisseur du milieu administratif ⁽³³⁾. Le paradigme « étatique » ignorait le monde politique et juridique informel ou « illégal » — le monde du droit des communautés paysannes ou marginalisées, les procès de composition informelle des conflits, les mécanismes « juridiques » et « politiques » de la corruption (comme système alternatif d'organisation et de distribution du pouvoir). La nouvelle réflexion, par contre, permet d'ancrer sur des bases théoriques plus éclairées une série d'objets de recherche que l'historiographie juridique traditionnelle ne pouvait classer que sous les étiquettes de l'« abus », de la « corruptela » ou de l'« ignorance » ⁽³⁴⁾.

D'autre part, le rapprochement entre pouvoir et savoir permet d'élargir la compréhension historique de mécanismes politiques d'autant plus puissants qu'ils sont déguisés.

L'un d'eux est la prétention à la vérité des discours politique et juridique européens, discours savants depuis leur ori-

⁽³³⁾ Il ne s'agit pas seulement (ou surtout) de faire une analyse sociologique atomiste des fonctionnaires (leur appartenance de classe, leur origine régionale, leurs liaisons familiales, leurs idées politiques), comme si leur encadrement bureaucratique était un milieu transparent, fonctionnalisé à des stratégies politiques définies ailleurs. Mais, plutôt, d'envisager ce milieu comme un centre autonome (aussi par rapport aux visées politiques de ses membres) d'enjeux de pouvoir. Un milieu qui secrète une idéologie (cf. V.I. COMPARATO, *Uffici e società a Napoli. Aspetti dell'ideologia del magistrato nell'età moderna*, Firenze, 1974; M. CAPPELLETTI (ed.), *L'educazione giuridica. IV. Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, Perugia, 1981); un milieu qui se fabrique un pouvoir rival de celui de la couronne (cf. les travaux cités de R. Ajello et de P.L. Rovito); qui fait des investissements dans la routine et le secret (les « arcana praxis »; cf. un esquisse d'analyse dans F. DE RUZZA et al. (eds.), *La justice face aux fonctions sociales du secret*, Grenoble, 1981); qui discipline, plutôt par sa viscosité et son immobilisme, que par le recours aux grands moyens de la terreur.

⁽³⁴⁾ L'étude des réseaux politiques et juridiques non formels est aujourd'hui une branche florissante de la sociologie et de l'anthropologie juridiques. V., pour des renseignements bibliographiques le recueil de E. BLANKEBURG et al., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen, 1979 (= *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9). Pour une analyse politique de la corruption, Chr. BRUNNER (ed.), *Korruption und Kontrolle*, Wien-Köln-Graz, 1981.

gine, mais surtout depuis les débuts de l'époque moderne. La référence à la vérité (« rationalisme ») est plus qu'un épisode de l'histoire de la philosophie du droit. Quelle que soit sa généalogie, le rationalisme constitue une stratégie de réduction du pluralisme, d'anéantissement théorique de la divergence, de refoulement des discours déviants. Il inaugure un nouveau rapport entre le fait individuel et la norme, en renversant le caractère inductif de celle-ci (« non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat ») en l'instituant en axiome posée de façon autoritaire par la raison.

Le tableau gagne encore plus de vie si l'on ajoute que, dans le système du droit commun et de la théorie politique de la *respublica* médiévale, la structure topique du raisonnement semble être le gage, sur le plan du discours, du pluralisme des pouvoirs et des droits. De plus, cet espace rhétorique était la forme vicariante de la force pour l'obtention des consensus sociaux.

L'avènement de la « vérité » marque, donc, une mutation profonde du rôle du savoir politique et juridique. Il va dorénavant perdre sa fonction conservatrice des équilibres sociaux (*prudentia*) pour devenir un instrument de réorganisation politique et sociale (*politica*). Réorganisation qui, on outre, se présente comme la seule légitime. En effet, une des conséquences de l'invocation de la science est opérer une « naturalisation » des options politiques⁽³⁵⁾.

(35) Le rôle de la vérité — lié à des changements techniques comme la diffusion de l'imprimerie, qui permet une reproduction élargie (« industrielle ») du savoir — dans la construction du pouvoir étatique a été mis en valeur par P. LEGENDRE (maxime, dans *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, 1983). Le rapport entre la pensée axiomatique et la culture imprimée (une des cultures de l'Europe moderne, en conflit aigu avec une culture orale encore majoritaire) est le thème de l'oeuvre, déjà citée, de W. ONG. Les fonctions politiques du discours rhétorique (convaincre, dans les systèmes politiques où l'on ne peut pas vaincre) ont été décrites par B. DE SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia de retórica jurídica*, Coimbra, 1980. Le rôle d'un savoir abstrait dans l'expropriation des pouvoirs périphériques a été décrit par G. SPITTLER, *Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis. Zur Entstehungsgeschichte bürokratischer Herrschaft im Bauernstaat Preussen*, dans *Kölner Zeits. f. Soziologie u. Sozialpsychologie* 32 (1980), 583 ss. La naturalisation des

Mais les rapports entre pouvoir et savoir se compliquent encore. En effet, il ne s'agit seulement du fait que le savoir légitime ou *euphémise* (P. Bourdieu) le pouvoir. Comme nous l'avons déjà dit, sur les traces de M. Foucault, savoir et pouvoir sont les produits corrélatifs d'un certain « dispositif »; de sorte qu'à chaque forme d'exercice du pouvoir correspond un modèle de savoir. D'où les couples pluralisme-réalisme-topique, monarchie-rationalisme-déduction. Il faut noter qu'il ne s'agit point d'une question de différences de « styles » des époques culturelles, mais des conséquences de l'agencement de différents ensembles de pratiques, où les stratégies politiques créent des espaces de discours qui, de leur côté, permettent l'exercice, la légitimation et la rationalisation des mécanismes du pouvoir.

Partout, ces nouveautés méthodologiques, qui constituent la théorie (parfois spontanée) des nouveaux historiens, ont troublé les acquis de notre vision sur le passé. Ils ont construit des objets nouveaux, effacé des frontières thématiques, établi des rapports inattendus, amorcé des réflexions théoriques et aménagé des stratégies explicatives. Tous les territoires de l'histoire ont été touchés par ce remaniement. Le territoire classique de l'histoire juridique ne constitue pas une exception: notre domaine n'existe plus dans son identité traditionnelle. Des concepts si éprouvés que ceux d'institution, de droit, de pouvoir sont devenus flous et presque inutiles. Et que dire de nos stratégies explicatives?

La nouvelle histoire nous met certes devant des techniques (le quantitatif, la statistique) et des thématiques nouvelles. Mais elle nous met surtout devant la nécessité de faire un effort nouveau de réflexions théorique et de réinsertion pratique. Du côté de la théorie, tout un paradigme de l'historiographie juridique s'est écroulé, incapable d'intégrer des faits nouveaux et intarissables. Un paradigme nouveau reste donc à constituer. Mais cette subversion du paradigme aura aussi des conséquences au niveau

options politiques par le biais de la référence à la science est le thème des travaux de J.M. Scholz sur le krausisme espagnol. En général, sur les enjeux politiques des discours, v. les actes du Colloque International sur Sociologie Historique de la Science Juridique (Bad Homburg, Octobre 1984, sous presse).

des rôles pratiques des jus-historiens. Ils ne sauront plus être les garants de la légitimité du droit établi, l'interface herméneutique d'un dialogue intemporel sur la justice.

Mais, là, il y a des contraintes institutionnelles et professionnelles qui joueront à fond. Comme dans d'autres époques (v.g., la période sociologiste des débuts de ce siècle), une histoire juridique affranchie des corvées légitimatrices mettra en risque son acceptation au sein du champ institutionnel et culturel des juristes, tel qu'il est façonné aujourd'hui. C'est pourquoi l'avènement d'une histoire nouvelle du droit est, lui aussi, un enjeu plutôt politique que scientifique.

SOFIA BOESCH GAJANO

Vorrei per prima cosa sottolineare l'interesse e l'opportunità di questa iniziativa del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno: interesse e opportunità tutte particolari per chi, come me, è stata « costretta » a ripensare ad alcuni presupposti metodologici e storiografici che rimangono spesso impliciti nel concreto lavoro di ricerca. In secondo luogo vorrei ringraziare Paolo Grossi per avere aperto i lavori con una chiarissima impostazione dei problemi: la sua introduzione ha costituito un sicuro punto di riferimento per tutto l'incontro. Ad alcuni dei temi evidenziati da Grossi mi richiamerò in questo breve intervento, utilizzandoli come schema intorno a cui raccogliere le riflessioni che sono andata via via facendo nell'ascoltare le relazioni di Jacques Le Goff, Cinzio Violente, Mario Sbriccoli e la discussione; un intervento, questo mio, che non vuole essere niente di più che un piccolo contributo di un osservatore esterno.

Primo oggetto di interesse, della introduzione come delle relazioni, la riflessione storiografica. Esplicita fin dalla prima proposta di seminario la scelta di un confronto privilegiato con la *nouvelle histoire*: « L'incontro nasce dalla constatazione dello scarso rilievo che la dimensione giuridica della realtà sociale ha per una fondamentale corrente di pensiero storiografico - la *nouvelle histoire* francese - » cioè proprio da parte di una corrente storiografica così sensibile a una visione interdisciplinare: « una visione che porta alla meritoria valorizzazione dell'economia, della statistica, dell'etnologia e finanche delle scienze naturali ». Di qui « l'esigenza di tentar di chiarire in un colloquio aperto e approfondito le motivazioni di una simile visione riduttiva, gli eventuali fraintendimenti che possono sottostare all'atteggiamento dei non-giuristi » (1).

(1) Cito dalla lettera inviata il 2 gennaio 1985 da Paolo Grossi.

Una scelta certo legittima. Forse tuttavia questa polarizzazione franco-italiana e ancor più il restringimento del versante francese prevalentemente alla storiografia legata alle *Annales*, ha imposto, a mio avviso, un taglio limitativo a un incontro che, nella sua formulazione finale, finiva per avere ben giustificate 'pretese' metodologiche più complessive. Ma soprattutto ho avuto l'impressione che proprio questa polarizzazione abbia favorito più gli atteggiamenti difensivi relativi al passato che l'approfondimento critico e autocritico in vista di nuovi approcci. Mi è sembrato, ad esempio, che ai suggerimenti di riflessione storiografica diversificata — anche nell'*iter* di uno stesso storico, come Marc Bloch —, contenuti nell'introduzione di Grossi, alle precise critiche agli storici del diritto, ma insieme ai significativi riferimenti alle 'colpe' degli storici, in un panorama ampio e articolato — che andava sul versante francese da Lot a Boutruche, da Veyne a Foucault, su quello italiano da Momigliano a Tabacco, a Ginzburg —, tracciato da Mario Sbriccoli in vista di un rilancio in positivo del rapporto tra le due discipline, abbia corrisposto da parte degli altri relatori una sostanziale riproposizione del loro modello storiografico.

Jacques Le Goff, ha infatti confermato le sue preferenze verso altre aperture disciplinari, prime fra tutte l'antropologia, e ribadito le sue profonde diffidenze verso il diritto⁽²⁾, avvertito ancora come una sorta di limitazione della ricchezza del reale; e verso gli storici del diritto, che nella loro volontà di classificazioni, tenderebbero a forzare distinzioni e opposizioni — ad esempio tra diritto pubblico e privato — senza tener conto della presenza costante di elementi misti. Anche il ricco e articolato discorso storiografico di Cinzio Violante — da lui opportunamente ricordate alcune istituzioni scientifiche di particolare rilievo, come il Centro di studi per l'alto medioevo e la Fondazione italiana per la storia

(2) Chiara in questo senso la posizione che emerge dalla sua *Intervista sulla storia*, a cura di F. Maiello, Bari, 1982. Superfluo citare qui gli innumerevoli contributi di J. Le Goff; ricordo solo come esemplare per il suo approccio storiografico la *Prefazione a Tempo della chiesa tempo del mercante*, Torino, 1977, pp. VII-XIII, la più bella e appassionata apologia del Medioevo che io conosca e che mi piace commentare con gli studenti all'inizio di ogni anno accademico.

amministrativa — ha avuto come esito ultimo la riproposizione della propria prassi di ricerca⁽³⁾. Ma su questo torno alla fine.

Questo confronto diretto ha avuto tuttavia secondo me un grande merito nel favorire l'esplicitazione della diversità delle due tradizioni storiografiche: una presa d'atto sempre più necessaria per superare complessi di inferiorità e/o superiorità, comunque deleteri.

Un'ultima notazione in margine al panorama storiografico. Un posto rilevante in questa comune riflessione mi sembra avrebbe dovuto essere riservato a Georges Duby, il cui profilo scientifico non si può ricordare meglio che con le parole di Giovanni Tabacco: « Georges Duby è oggi conosciuto essenzialmente — e da un larghissimo pubblico — per le sue grandi sintesi di storia rurale e civile e per le analisi di fonti che illuminano la mentalità, i modelli culturali, le ideologie, le forme di vita della società medioevale... Ma per comprendere come questo lavoro molteplice si sia sempre organizzato all'interno di un'articolata visione storica globalizzante, è preziosa la conoscenza del primo Duby, severamente impegnato in una determinazione puntuale delle singole fasi attraverso cui l'anomala vicenda delle istituzioni nei secoli centrali del Medioevo accompagnò le trasformazioni del tessuto sociale in una piccola regione del regno di Francia »⁽⁴⁾. E ancora un nome mi sembra andrebbe posto in maggior rilievo: quello di Pierre Toubert, la cui ricerca sul Lazio medioevale, oggetto ora di numerose precisazioni e revisioni o messe a punto, talvolta eccessivamente puntigliose, rimane un esempio illuminante della capacità di fondere una molteplicità di campi di indagine⁽⁵⁾.

(3) Si può rinviare per una valutazione d'insieme della storiografia di C. VIOLANTE a J.-F. LEMARGINIER - A. VAUCHEZ, *L'opera di Cinzio Violante nella storiografia medioevale contemporanea*, in C. VIOLANTE, *Studi sulla cristianità medioevale*, Milano, 1972, pp. XXIII-XXXII; ma non posso fare a meno di citare quello che a me è sempre apparso il più significativo dei saggi di C. VIOLANTE: *Il monachesimo cluniacense di fronte al mondo politico ed ecclesiastico dei secoli X e XI*, ibid., pp. 3-67.

(4) Si tratta della *Introduzione* alla recente traduzione italiana — si potrebbe davvero dire: meglio tardi che mai! — di *La société aux XIe et XIIe siècles dans la région mâconnaise* = *Una società francese nel Medioevo*, Bologna, 1985, p. 9.

(5) P. TOUBERT, *Les structures du Latium médiéval*, Rome, 1973.

Attraverso queste citazioni si passa agevolmente al secondo tema di riflessione, suggerito nella introduzione di Grossi: la concezione del diritto, della storia giuridica e di quella istituzionale. In merito al quale, prima di fare qualche osservazione tratta dalle mie esperienze di ricerca, vorrei esprimere una impressione, forse davvero eccessivamente da profana: lo sforzo di superare una visione astratta, staccata dallo sviluppo storico della società rischia di confondere i confini e le distinzioni. La storia del diritto e la storia delle istituzioni hanno, mi sembra, due oggetti di ricerca e due tradizioni storiografiche non sempre coincidenti; o forse meglio: matrimoni e separazioni sono essi stessi espressione di profonde diversità ideologiche, tradottesi in diversità di approcci metodologici ⁽⁶⁾.

La storia religiosa è certamente un campo privilegiato per la riflessione sul rapporto tra storia sociale, giuridica e istituzionale: giustamente Le Goff non ha mancato di fare ad essa riferimento, scegliendo alcuni esempi che vale la pena riprendere e discutere. Il culto dei santi, la devozione alle reliquie, i pellegrinaggi e altre espressioni del sentimento e della pratica religiosi, sono fenomeni che costringono, secondo me esemplarmente, ad abbandonare la concezione di un diritto autogenerantesi, dotato di una dinamica propria, come pure quella di un diritto come riflesso della realtà o come suo ingabbiamento normativo, per riproporre invece un rapporto complesso tra dimensione psicoantropologica, storico-istituzionale, storico-giuridica. La codificazione e l'istituzionalizzazione delle manifestazioni religiose promosse dalla

Traduzione italiana, malamente mutilata, dal titolo *Feudalesimo mediterraneo. Il caso del Lazio medievale*, Milano, 1980 (per alcune osservazioni e soprattutto per la cit. di alcune delle principali recensioni rinvio alla mia scheda in « Studi storici », 1981, 3, pp. 691-693).

⁽⁶⁾ È quanto mi sembra risultare ad esempio da B. PARADISI, *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. VII-XLVII. Un esempio di eccesso di distinzioni si notava in F. VERCAUTEREN, *Rapport général sur les travaux d'histoire du Moyen Age de 1945 à 1954*, in X Congresso Internazionale di Scienze Storiche, *Relazioni*, VI, Firenze, 1955, pp. 41-165; sul versante opposto, in una nuova e complessa proposta teorica e storiografica, la voce *Diritto* di F. CORDERO, in *Enciclopedia Einaudi*, IV, Torino, 1978, pp. 895-1003.

gerarchia ecclesiastica con funzione di controllo e di omogeneizzazione — funzione talvolta individuabile come preminente — non possono, a mio avviso, essere considerate solo nell'ottica della coercizione o limitazione della ricchezza della dimensione sociale e dell'espressione religiosa, ma vanno viste nel quadro di una possibile molteplicità di aspetti e componenti della società e della religiosità. Esse stesse possono infatti configurarsi come proposta religiosa: in alcuni casi decisamente alternativa, in altri complementare, in altri ancora interagente fino a forme di vero sincretismo rispetto a pratiche e riti che spesso si intuiscono altrettanto forti per tradizione consuetudinaria, ma destinati a una difficile sopravvivenza o alla sconfitta in tempi più o meno lunghi e alla scomparsa nella memoria storica, proprio in assenza di un apparato culturale e istituzionale organico⁽⁷⁾. E ancora un esempio in questo stesso ambito: i pellegrinaggi penitenziali e giudiziari non possono essere considerati una deviazione rispetto a un'idea astratta di pellegrinaggio, visto come forma devozionale spontanea, antropologicamente rilevante, ma come un'articolazione di questo fenomeno, possibile all'interno di strutture mentali e di consuetudini giuridiche proprie della società medioevale e delle sue norme di comportamento⁽⁸⁾.

Anche la storia degli Ebrei nell'Occidente medioevale costituisce un campo di riflessione quanto mai significativo. Jacques Le Goff ha anche in questo caso insistito sullo scarto tra normativa e realtà sociale. Ma sarebbe errato evincerne che le leggi siano lo specchio deformante della realtà: esse sono un aspetto di

(7) Per un esempio di rapporto tra religiosità, istituzione e normativa cfr. A. VAUCHEZ, *La sainteté en Occident aux derniers siècles du Moyen Age d'après les procès de canonisation*, Rome, 1981. Per le interazioni tra religiosità popolare, cultura e istituzioni ecclesiastiche la bibliografia è ormai ricchissima: mi permetto di rinviare, per brevità, al mio intervento sul vol. di P. Brown in « Quaderni storici », 57 (dicembre 1984), pp. 953-963, con alcune citazioni bibliografiche. Fortemente sbilanciato verso gli aspetti giuridici N. HERMANN-MASCARD, *Les reliques des saints. Étude coutumière d'un droit*, Paris, 1975.

(8) Tra i molti lavori recenti ricordo solo H. GILLES, *Lex peregrinorum* e G. JUGNOT, *Le pèlerinage et le droit pénal d'après les lettres de remission accordées par le Roi de France*, rispettivamente alle pp. 161-189 e 191-206 di *Le pèlerinage*, Toulouse, 1980 (Cahiers de Fanjeaux, 15).

questa e con questa fortemente interagente. La normativa ecclesiastica fin dai primi secoli del medioevo — dai concili alle lettere dei pontefici — appare certamente ispirata a posizioni teologiche fortemente anti giudaiche, contemperate con la tradizione giuridica romana, la quale a sua volta non ha mancato di recepire elementi della posizione cristiana. Nello stesso tempo la legislazione ecclesiastica, a tutti i livelli, risente in modo evidente di situazioni locali e ad esse si adatta, a contatto con queste si modifica; ma insieme incide senza alcun dubbio sulle abitudini e sulla mentalità. Interazioni e contraddizioni non si rilevano solo tra leggi, istituzioni e società, tra diversi livelli sociali e culturali, ma all'interno della riflessione e dell'azione di una stessa persona, fino a poter parlare di ambivalenza, non certamente psicologica, ma politicamente programmata. Non meno interessante la storia, in alcuni casi parallela in altri contrastante, raramente coincidente con quella ecclesiastica, della normativa imperiale dai carolingi a Federico II: certamente protettiva, essa mira anche a una precisa funzionalizzazione, per non dire strumentalizzazione, della presenza ebraica, influenzando di conseguenza nel senso della conservazione culturale e sociale di individui e gruppi⁽⁹⁾.

Questi esempi portano direttamente agli altri due temi ricordati da Grossi: « lunga durata » del diritto e continuità della mentalità giuridica; differenze tra il Medioevo e età moderna. Non è certo qui il caso di riprendere il rapporto tra diacronia, e sincronia o il discorso sulle diverse velocità della storia. Vorrei solo ricordare come le esperienze fatte in altri settori di ricerca mi inducano a manifestare « per analogia » alcune perplessità. Penso da un lato a quanto è stato detto sulla immobilità della cultura popolare, che si rivela, invece, capace di forte e rapida reattività nei confronti dei mutamenti intervenuti nella cultura dominante: è quanto dimostra Aline Rouselle nei suoi bei saggi sull'impatto della cristianizzazione sulle popolazioni pagane e sulle loro capacità di consapevole e rapido adattamento della cultura

(9) Rinvio alla bibliografia raccolta a conclusione del vol. miscelaneo *Aspetti e problemi della presenza ebraica nell'Italia centro-settentrionale*, Roma, 1983 (Quaderni dell'Istituto di Scienze Storiche, 2).

popolare a nuove pratiche religiose⁽¹⁰⁾ e ancora quanto richiama Jean Wirth sulle trasformazioni culturali delle masse contadine al tempo della Riforma⁽¹¹⁾. Quanto alle differenze tra Medioevo e età moderna, e, vorrei aggiungere, contemporanea, esse appaiono sempre più — ma la cosa è già evidentissima nel volume *La storia del diritto nel quadro delle scienze sociali* —, come differenze storiografiche, largamente superabili dunque non solo alla luce dei 'travasi' metodologici tra gli studiosi delle diverse età negli anni recenti, ma soprattutto di un nuovo approccio, ampiamente presente, mi pare, per fare un solo esempio, negli studi di Franco Cordero⁽¹²⁾. E ancor più provato da questo stesso seminario il recupero di una nuova diacronia: vorrei solo ricordare l'interesse che hanno per un medievista le considerazioni di Claudio Pavone sulla immediata tendenza alla strutturazione normativa e istituzionale delle aggregazioni apparentemente più 'spontanee' e, alla loro origine, anti-istituzionali della Resistenza.

Se la dimensione giuridica si riconferma componente essenziale della storia sociale, le prospettive metodologiche e storiografiche sono apparse assai diversificate. Le Goff ha ipotizzato una storia dei valori sostitutiva di quella della mentalità, capace di recuperare gli aspetti normativi e dunque storico-giuridici; Violante ha riproposto, l'acquisizione di competenze giuridiche da parte dello storico; Sbriccoli infine ha ipotizzato un confronto in concreto sulle fonti. A me sembra indiscutibile che la via da percorrere sia quella dei molteplici approcci disciplinari. Mi premebbe tuttavia sottolineare che il rapporto tra storia giuridica e storia sociale non può passare per una preselezione delle fonti, come sembra dire Sbriccoli, ma dovrebbe partire dal presupposto della presenza di aspetti giuridico-istituzionali in ogni momento della realtà: storiograficamente significativa mi sembra in questo

⁽¹⁰⁾ Mi limito per brevità a citare: A. ROUSSELLE, *Paulin de Nole et Sulpice Sévère hagiographes et la culture populaire*, in *Les saints et les stars. Le Texte hagiographique dans la culture populaire*, a cura di J.-Cl. Schmitt, Paris, 1983, pp. 27-40.

⁽¹¹⁾ J. WIRTH, *Luther. Etude d'histoire religieuse*, Genève, 1981.

⁽¹²⁾ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985.

senso, l'attenzione alle istituzioni culturali nella *Letteratura italiana* curata da Alberto Asor Rosa⁽¹³⁾.

Concludo esprimendo una preoccupazione: che la 'disattenzione' per questi aspetti rilevanti della realtà sociale, faciliti la riproposizione di una storiografia centrata sulla dimensione giuridica, politica, istituzionale, in funzione alternativa a una storiografia socio-antropologica. Una alternativa che può configurarsi come vera 'restaurazione', volta a ricacciare sullo sfondo o ai margini i soggetti e gli oggetti della 'nuova storia'.

(13) *Letteratura Italiana*, I, *Il letterato e le istituzioni*, Torino, 1982.

ANDREA GIARDINA

Il tema di questo incontro, per i presupposti storiografici che esplicitamente evoca, coinvolge principalmente e prevalentemente ambiti disciplinari 'medievistici' e 'modernistici'. Riferito alle scienze dell'antichità, esso susciterebbe, accanto a un significativo 'isomorfismo' di problemi, alcune differenze fondamentali: la prima e più importante di queste differenze riguarda, ovviamente, il peso e la natura stessa della tradizione romanistica e i suoi rapporti con gli altri settori di ricerca. Un aspetto, quest'ultimo, le cui implicazioni meriterebbero un riesame complesso e approfondito (un punto di partenza per questo riesame potrebbe trovarsi nelle rapide ma acute notazioni di M. Bretone, in ID. - M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari 1981, pp. 103-10, con riferimento a A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1966 = *Rivista storica italiana*, 76, 1964 = *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma 1966, pp. 285 sgg.). Riesame reso difficile, già in partenza, dalla circostanza che la ricerca romanistica, malgrado talune eccezioni, non è tra quelle che più hanno amato riflettere sulle proprie vicende e i propri percorsi, nella prospettiva di una ricostruzione storiografica globale. Sicché risulterà significativo di tale caratteristica il fatto che il più importante contributo degli ultimi decenni al problema storiografico che sta all'origine di questo Convegno sia venuto — relativamente alla ricerca sui diritti antichi — da uno storico non appartenente alla tradizione 'romanistica' (S. MAZZARINO, *De Francisci fra « storicismo » e sociologia*, pref. a P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, Roma 1971²); non meno significativo, ma per motivi diversi, è il fatto che l'indagine più recente

sul rapporto tra diritti antichi e scienze sociali abbia riguardato, su sollecitazioni ancora una volta 'esterne', un personaggio alquanto eccentrico come Louis Gernet [la traduzione italiana dell'*Anthropologie de la Grèce antique* (L.G., *Antropologia della Grecia antica*, pref. di J.-P. Vernant, a c. di R. Di Donato, Milano 1983), è stata alla base del dibattito poi pubblicato su *Studi storici* 25 (1984), con contributi di D. Musti, P. Vidal-Naquet, A. Fraschetti, N.F. Parise, L. Canfora, M. Bretone, E. Cantarella, C. Ampolo, R. Di Donato, J.-P. Vernant; è seguita, recentemente, la traduzione di *Les Grecs sans miracle* (L.G., *I Greci senza miracolo*, introd. di R. Di Donato, pref. di J.-P. Vernant, Roma 1986), mentre alcuni inediti gernetiani sono stati pubblicati e commentati da R. Di Donato sotto il titolo generale *Forme e strutture della parentela nella Grecia antica*, in *Annali del Seminario di Studi del mondo classico. Archeologia e storia antica*, Istituto Orientale di Napoli, 5 (1983), pp. 110-20]. Altre conferme della matrice, per dir così, 'obliqua', di questi interessi storiografici intorno al rapporto fra diritto e scienze sociali relativamente al mondo antico, potrebbero trovarsi in altra direzione, se solo si pensa, per esempio, alle importanti osservazioni di P. Grossi su Fustel de Coulanges, da cui gli antichisti hanno molto appreso ('*Un altro modo di possedere*'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, spec. pp. 125 sgg.).

Nella relazione Violante c'è tuttavia uno spunto che consentirebbe, se adeguatamente approfondito, di impostare, in modo forte, il problema del rapporto, nella nostra tradizione storiografica, tra storia del diritto e scienze sociali in chiave di 'storia generale' (antica, medievale e moderna). Questo spunto rimanda alla figura di Giuseppe Salvioli e al suo approdo alla storia antica: un approdo che nasce, in prima istanza, dal nesso storia antica-questione meridionale, che accomuna, con esiti e interessi diversi, la figura di Salvioli e quelle di Ettore Ciccotti e di Corrado Barbagallo (la differenza fondamentale, ma non l'unica, consiste nel fatto che in Salvioli e in Ciccotti il meridionalismo, e con esso l'interesse per la storia millenaria del nostro Meridione, portò a una visione non modernizzante dell'economia antica, mentre in Barbagallo esso convisse con una visione 'capitalistica' dei

fenomeni economici dell'antichità). L'interesse di Salvioli per la storia antica fu tutt'altro che marginale, e si tradusse in un certo numero di raggi (cfr. p.es., oltre al fondamentale *Sulla distribuzione della proprietà fondiaria in Italia al tempo dell'impero romano. Studi di storia economica*, in *Archivio Giuridico* 62, 1899, pp. 212-46, 499-539; *La dottrina dei Padri della Chiesa intorno alla schiavitù*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 29, fasc. 1-2, 1899; *Sulla esportazione di grano e di olio dall'Africa nell'epoca romana*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, 45, 2, 1912, memoria n. 2, pp. 1-22; *Banche e banchieri nelle lettere di Cicerone ad Attico*, in *Scritti giuridici in onore di A. Marghieri*, Napoli 1921, pp. 331-40; *Il commercio del denaro a Roma nelle lettere di Cicerone ad Attico*, in *Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche*, 47, 1921, pp. 133-44; *La città antica e la sua economia. A proposito delle grandi epoche della storia economica*, ivi, 49, 1923, pp. 195-226; ecc.), nel famoso volumetto sul *Capitalismo antico* [toccato da uno straordinario successo editoriale, con edizioni in francese e in italiano e traduzioni in tedesco e in russo: *Le capitalisme dans le monde antique. Etudes sur l'histoire de l'économie romaine*, traduit sur le manuscrit italien par A. Bonnet, Paris 1906; trad. tedesca a c. di K. Kautsky jun., con pref. di K. Kautsky, Stuttgart 1912, 1322²; trad. russa, Karkhov 1923 (cfr. Mouza Raskolnikoff, *La recherche soviétique et l'histoire économique et sociale du monde hellénistique et romain*, Strasbourg 1975, spec. pp. 32 sg.); l'ed. italiana, come è noto, fu pubblicata soltanto ventitré anni dopo l'ed. francese: *Il capitalismo antico (storia dell'economia romana)*, a c. e con pref. di G. Brindisi, Bari 1929, rist. Bari 1985, a c. di A. Giardina; su quest'opera cfr. ora G. BANDELLI, « *Il capitalismo antico* » di Giuseppe Salvioli. Note sulla fortuna (e sfortuna) di un libro, in *Quaderni di storia*, 23 (1986), pp. 257-272] e — cosa che più conta in questa sede — in una moltitudine di riferimenti, accenni, accostamenti per analogia e per differenza che si traducono in un vero e proprio modo di pensare la storia, che solo superficialmente si potrebbe ricondurre ai parametri di un continuismo indifferenziato; a Salvioli si deve anzi una delle più felici impostazioni del problema della continuità in situazioni determinate da particolari condizioni economiche; esaminando la funzione del gabel-

lotto — una figura chiave nella storia moderna delle campagne siciliane — Salvioli osservò infatti (*Il villanaggio in Sicilia e la sua abolizione*, in *Rivista italiana di sociologia*, 6, 1902, p. 374): « si potrebbe credere che l'attuale gabellotto sia il successore del *conductor* romano. Eppure, vedremo, non è così: vi sono delle situazioni che si riproducono, si rinnovano, malgrado le interruzioni avvenute, senza che fra esse sussista alcun rapporto di filiazione »; la ripetizione di situazioni non legate tra loro da connessioni genetiche apriva allo storico del diritto — interessato per altro verso alla ricostruzione di istituti 'continui' (per esempio gli usi civici) o 'discontinui' (per esempio le decime di Sicilia), con particolare riferimento alle controversie sorte in seguito all'applicazione della legge dell' '87 — la necessità di un buon uso dell'analogia, e quindi della sociologia. Questo uso produsse, in uno studioso che pure non era specialista di storia antica, alcune idee di grande rilevanza su punti specifici (per esempio l'idea del latifondo come « unità primordiale », formatasi sull'*ager publicus* romano già al momento delle fondazioni coloniali, e quindi fattore *primario* di disuguaglianza; un'idea di grande rilievo anche perché favoriva una visione non economicistica della diffusione del latifondo romano, intesa non — com'era abituale tra gli studiosi di storia romana dei tempi di Salvioli — come il risultato della concorrenza di un'azienda condotta razionalmente con grande impiego di capitali, nei confronti di una piccola proprietà povera, ma come espressione di un dominio politico già influente in prima istanza); esso produsse anche una visione contraccorrente dell'economia antica di cui oggi possiamo scoprire con sorpresa taluni precorritivi e la singolare modernità di una posizione storiografica felicemente in bilico tra 'primitivismo' e 'capitalismo'. Forse è proprio vero che — a parte le troppo spesso ripetute proclamazioni di un' 'interdisciplinarietà' che è quasi sempre tale più di nome che di fatto — certi risultati si ottengono solo attraverso l'incrocio tra la duttilità degli strumenti usati (che possiamo anche definire 'interdisciplinare') e l'approfondimento, direi quasi il superamento, dei presupposti teorici di base. Qualcuno potrà discutere il peso reale che esperienze intellettuali come quelle di Salvioli hanno avuto nell'effettivo svolgimento degli studi intorno all'economia e alla società antica (e il discorso dovrebbe essere ri-

preso anche a proposito di Ciccotti e di altri), ma resta il fatto che essa rappresenta *oggi*, per noi, molto più di un nuovo tassello nella storia dei nostri studi: un'esperienza su cui ripensare proprio nel momento in cui è stato possibile riaprire, appunto grazie alla collaborazione tra storici di varia formazione, su indagini storiografiche concrete, il dibattito relativo all'economia antica, ancora una volta impastoiato tra proposizioni di 'modelli' che si presentano come ricostruzioni storiche, e ricostruzioni storiche del tutto inconsapevoli dei modelli che usano (cfr. il dibattito aperto dai tre volumi di *Società romana e produzione schiavistica*, Roma 1981: *Quaderni di storia*, 16, 1982, pp. 287 sgg.; *Opus*, 1, 1982, pp. 371 sgg.; *The Journal of Roman Studies*, 73, 1983, pp. 160 sgg.; *Annales ESC*, 37, 1982, pp. 788-91; *Gnomon*, 55, 1983, pp. 609-20).

JULIUS KIRSHNER

Is an *entente cordiale* between legal and social history possible or even desirable? The thrust of the papers and critical discussion thus far point toward a negative answer. Le Goff, one of the few social historians participating in this conference, has made conciliatory gestures in an effort to soften the disdain, beginning with Marc Bloch, that *Annalistes* have had for legal history. True, Bloch's view of legal history as a sclerotic enterprise must be seen in the context of wars over intellectual and academic turf in the earlier years of this century. Bloch's successors, as the world knows, achieved total victory, pushing legal history to the periphery of historical studies in France, and threatening the very existence of legal history as a subdiscipline. Indeed, Le Goff lamented the anemic state of legal history in France as a barrier preventing a working relationship between social historians and historians of law. Whether or not Le Goff's judgment is accepted, it is clear from their recent publications that French social historians continue to consider law as epiphenomenal — a derivative of social relations or vanished mind-sets (*mentalités*). From the French perspective, at least, an *entente cordiale* appears to be neither possible nor desirable.

The view that legal history is a moribund discipline was greeted with dismay by many of the historians of law attending this conference, none of whom, incidentally, hailed from France. More and more, the history of post-medieval European continental law resembles cultural history and the history of *mentalités*, or what Americans call intellectual history. Its practitioners are cognizant that displays of positivistic erudition — the robotic citation of masses of documents as evidence of an objective reality — is no longer tenable, and will persuade only the intellectually naive and complacent. They are fully aware that the

historian of legal texts, or of any kind of text, cannot divorce the study of concepts and attitudes from the manner in which they are described, analyzed and presented. Inspired by the archaeology of Michel Foucault, they have sought to treat law as discursive practices; to trace the history of the formation of discursive practices; and to reveal the relations between discursive practices and non-discursive domains such as the ideological rules, norms, conventions and practices which condition the reception, comprehension, and application of legal discourse. Finally, they insist that the history of law, by shedding light on how thinking and experience were organized in the past, can make a valuable contribution to scholarship.

At the same time, the field of legal history in Europe has remained an autonomous discipline located in the faculty of law. It possesses its own postulated audience, jargon and conventions, techniques for deciphering arcane documents, and dense historiography, all of which are difficult to master unless one is willing to undergo years of specialized training. Little wonder, then, that faced with this fearsome prospect, Le Goff was led to comment: « J'ai peur de l'histoire du droit ». His dread is widely shared by other members of the historical profession, who find legal history impenetrable and only useful as a body of discrete references which can be plundered indiscriminately. In turn, many historians of law find social history constantly abounding in new problems, new approaches, and new objects, the result of which, however, is fragmentation and eclecticism. The programmatic definition of social history by Peter Burke, one of its brilliant stalwarts, is boundless. Social history, he says, « might be defined as the history of social relationships; the history of social structure; the history of everyday life; the history of private life; the history of social solidarities and social conflicts; the history of social classes; the history of social groups seen as both separate and mutually dependent units. These definitions are very far from being synonymous; each corresponds to a different approach, with its advantages and disadvantages »⁽¹⁾. Historians of law would undoubtedly agree with Charles Tilly's recent

(1) P. BURKE, *Sociology and history* (London, 1980), p. 1.

assessment that « most of these definitions of social history make hopelessly ambitious claims » (2).

While the current relationship between legal history and social history is no longer as adversarial as it once was, an *entente cordiale* between the two fields does not appear to be immanent. One can cite, of course, several excellent examples of recent research, employing an interdisciplinary approach, yet they are the proverbial exceptions that prove the rule (3). This disciplinary impasse means that historians who remain ignorant of law will continue to speak of social relations as expressions of the collective will of « sovereign subjects », when in many cases such relations were given shape and meaning by discursive events. It means that historians of law who remain ignorant of social history will continue to speak of legal relations as expressions of a lawgiver, when in many cases the historical formation and significance of such relations must be perceived from the vantage point of large-scale demographic, social and economic trends. At this point one must acknowledge that it is generally unfeasible for one scholar to master all the tools necessary for the undertaking of a truly interdisciplinary project. The alternative, I would suggest, is to think seriously about the undertaking of collaborative projects devoted to major problems and issues when they demand knowledge of both legal and social history.

(2) C. TILLY, *Retrieving European Lives*, in *Reliving the Past. The Worlds of Social History*, ed. Olivier Zunz (Chapel Hill and London, 1985), p. 12.

(3) See, for example, R.L. KAGAN, *Lawsuits and Litigants in Castille* (Chapel Hill, 1981); and the works of T. KUEHN, especially *Emancipation in Late Medieval Florence* (New Brunswick, New Jersey, 1982).

CLAES PETERSON

WERTSYSTEM UND HANDLUNGSTHEORIE:
ZU DEN PHILOSOPHISCHEN VORAUSSETZUNGEN
RECHTSHISTORISCHER FORSCHUNG

I. EINLEITUNG

In einem programmatischen Aufsatz, veröffentlicht 1919 in der Historischen Zeitschrift unter dem Titel « Recht und Verfassung im Mittelalter », betonte Fritz Kern, dass die Rechtshistorikern unbefangen und unreflektiert die juristischen Begriffen der Gegenwart auf das Mittelalter projizieren, ohne zu berücksichtigen dass diese Begriffe dem mittelalterlichen juristischen Selbstverständnis fremd waren. Wer mit einem solchen Vorgehen eine mittelalterliche Rechtsanschauung zu rekonstruieren beabsichtigt « würde », so Kern, « zu einer wunderlich unzeitgemässen Vorstellung gelangen »⁽¹⁾.

Was Kern im Auge hatte, ist ein Problem, das noch heute von grösster Aktualität ist und in allzu geringem Grad von den Rechtshistorikern beachtet wird. Die Problematik, die hier in Frage steht, ist von grundlegender hermeneutischer Art. Die älteren Rechtsquellen werden oft vom Ausgangspunkt eines modernen Verstehenshorizontes ohne hermeneutische Ueberlegungen gelesen. Wenn wir zum Beispiel mit einem Begriff wie « das alte und gute Recht » konfrontiert werden, kann es geschehen, dass wir ihn

⁽¹⁾ F. KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in *Historische Zeitschrift* 120 (1919), S. 2. Im folgenden will ich nur auf die philosophischen und theoretischen Grundlagenprobleme hinweisen, nicht aber auf die neuere Diskussion über Fritz Kerns Auffassung eintreten. Jedoch sind unseres Erachtens die hier entwickelten Grundlagen in der genannten Diskussion zu wenig beachtet worden.

entweder als eine Art von Decorum wegrationalisieren oder dass wir ihn mit einem modernen Vorverständnis unreflektiert lesen, das heisst, wir merken nicht, dass wir einen modernen Begriffsinhalt auf einen Begriff projizieren, der in einem völlig anderen historischen Verstehenskontext mit einem anderen Bedeutungsinhalt steht. Wir haben also hier mit verschiedenen Verstehenshorizonten zu tun, innerhalb welcher menschliches Handeln und seine Motivationen verschiedene Ausgangspunkte haben. Dieser hermeneutischen Perspektive bewusst, müssen wir den historischen Quellen ein synkrones oder kontextuelles Lesen widmen, wenn wir die Andersartigkeit auffangen und verstehen sowie ihr eine angemessene Erklärung zu geben möchten. Oder, mit Kerns Zusammenfassung der Perspektive ausgedrückt:

So muss wir denn, indem wir es vermeiden, die Begriffe unserer Zeit kritiklos und anachronistisch ins Mittelalter zurücktragen, andererseits doch mit den Worten unserer Zeit die mittelalterlichen Anschauungen zu umschreiben suchen. Wir vergegenwärtigen uns aus Reden und Taten des Mittelalters dessen von dem unserigen gänzlich verschiedenen Rechtsbegriff: dann aber fassen wir ihn in eine Sprache, die den Heutigen vertraut ist. Die Geistesgeschichte macht den Dolmetscher zwischen einst und jetzt, und diese hermeneutische Aufgabe bedingt eine Methode, die nachdem sie bei der Philologie wie bei der Rechtsgeschichte in die Schule ging, doch keines von beiden, sondern ein eigenes zwischen beiden ist⁽²⁾.

So weit Kerns methodenkritische Ueberlegungen. Seine eigene Perspektive entwickelt er am Beispiel des in den mittelalterlichen Rechtsquellen ständig vorkommenden Stichwortes « altes und gutes Recht ». Kern leitet mit der Bemerkung ein, dass « alt und gut » als autoritätssteigernde Momente einer modernen Rechtsauffassung etwas völlig Fremdes repräsentieren. Vom rechtspositivistischen Standpunkt her hat das Alter keine Bedeutung für die Geltung des objektiven Rechts. Für uns ist das Recht von seiner Einführung an bis zu seiner Anhebung weder jung noch alt, sondern ganz einfach geltend. Die Behauptung, dass eine Gesetz eine gewisse Dignität hat, weil es « gut » ist, d.i. eine ethische Qualität hat, erscheint uns heute als etwas Unbegreifliches, ja sogar Unsinniges.

(²) F. KERN, S. 2.

Mit Ausgangspunkt in seinem eigenen zeithistorischen Kontext stellt Kern fest:

Für uns ist das wirkliche geltende oder positive Recht etwas nicht Unmoralisches, aber Amoralisches, das seine Herkunft nicht aus Gewissen, Gott, Natur, Idealen, Ideen, Billigkeit o.dgl., sondern einfach aus dem Willen des Staates und seine Sanktion in der Zwangsgewalt des Staates hat ⁽³⁾.

Was Kern als Wesensmerkmal des gegenwärtigen juristischen Verstehenshorizontes hervorhebt, ist die scharfe Grenze zwischen Recht und Ethik. In der Sphäre des Rechts haben solche Kategorien wie « moralisch », « natürlich », « ideal » keinen Platz. Nur wo das positive Recht explizit ethische Momente in seine Sphäre einführt bildet das Ethisch-Normative ein Element im Aufbau des positiven Rechts, z.B., wo das Gesetz den Richter einen Fall nach Billigkeitserwägungen zu entscheiden auffordert ⁽⁴⁾. Der ausdrückliche Zusammenhang des Ethischen mit dem Recht macht sich heute hauptsächlich vor und im Anschluss an neue Gesetzgebung geltend. Eine in der Gesellschaft veränderte Moralauffassung kann z.B. die Ursache für ein neues Gesetz oder für die Veränderung eines alten bilden.

Diese strenge Aufteilung zwischen Recht und Ethik war nicht, meint Kern, charakteristisch für das Mittelalter. Die mittelalterliche Rechtsauffassung sei im Gegenteil davon geprägt, dass Recht und Ethik zu einer unauflöselichen Einheit zusammenfließen. Gerade in diesem Kontext müsse man das Stichwort « altes und gutes Recht » lesen und verstehen. « Das mittelalterliche Recht », schreibt Kern, « ist einfach; der mittelalterliche Denkbrauch empfindet es nicht als menschlich gesetzt, sondern es ist schlechthin ein Teil des Guten, Gerechten, das immer ist, so wie das Böse niemals etwas ist als nur die Privation des Guten, die Verneinung des Seienden schlechtweg, also in Wirklichkeit nichts » ⁽⁵⁾.

Mit anderen Worten war die mittelalterliche Rechtsauffassung auf eine Identität zwischen Sein und Sollen gegründet: das Norma-

⁽³⁾ F. KERN, S. 7.

⁽⁴⁾ F. KERN, S. 9.

⁽⁵⁾ F. KERN, S. 12-13.

tive lag also im Sein. Vor diesem Hintergrund soll man Ausdrücke wie « das Recht finden », « das Gesetz verbessern », oder « Rückkehr zum alten guten Recht » verstehen. Der Gesetzgeber und der Richter müssen sich also an der im Sein gegebenen, idealen Grundnorm göttlichen Ursprungs orientieren: das Gesetz der Natur, *lex naturae*, ist im Dekalog zusammengefasst. Dieses Verständnis ist weit entfernt von der gegenwärtigen politisch-instrumentellen Gesetzesauffassung, die mit Hilfe der Gesetzgebung auf Steuerung und Veränderung der Gesellschaft in einer gewissen politischen Richtung eingestellt ist. Das praktische Ziel der Gesetzgebung ist dabei von den Menschen selbst ausgeformt und aufgestellt. Wie Kern betont herrschte im Mittelalter ein entgegengesetztes Verhältnis:

Änderung und Erneuerung des Rechts ist möglich, ja geboten, sobald sie Wiederherstellung ist, bzw. als solche sich gibt: kein Umstand, keine Entwicklung, aber fortwährende Enthüllung, Klärung, Reinigung des wahren guten Rechts, das ewig im Kampf liegt mit Unrecht, Trübung, Missverständnis und Vergessen⁽⁶⁾.

Ohne Zweifel hat Kern uns eine Perspektive nicht nur auf das mittelalterliche Recht sondern auch auf die Rechtsauffassung des Ancien Régime überhaupt geöffnet, die uns ein mehr wirklichkeitsnahes Verständnis der Funktion des Rechts in einer vergangenen Gesellschaft vermitteln kann. Diese Perspektive fordert in dessen eine vertiefte philosophische Ueberlegung.

II. AARON JA. GURJEWITSCH UND DAS WELTBILD DES MITTELALTERLICHEN MENSCHEN.

Einer Weiterentwicklung von Kerns Perspektive auf die Rechtsauffassung des mittelalterlichen Menschen begegnet man bei dem sowjetischen Mediävisten Aaron Ja. Gurjewitsch, der in seiner Arbeit « Das Weltbild des mittelalterlichen Menschen » ein mittelalterliches Selbstverständnis zu rekonstruieren versucht. Gurjewitsch, dessen methodologisches Profil man als semiotisch-hermeneutisch beschreiben kann, interessiert sich nicht primär für

(6) F. KERN, S. 24-25.

die mittelalterliche Rechtsauffassung als solche, sondern für « die Geistesverfassung und ihre geistig-kulturelle Grundlage » des mittelalterlichen Menschen überhaupt. So stellt Gurjewitsch die folgenden generellen Fragen: Wie war die Weltanschauung des mittelalterlichen Menschen beschaffen? Von welchen Motivationen liess er sich in seinem Verhalten und Handeln leiten? (7).

Das Recht stellt in diesem Zusammenhang nur eine unter vielen grundlegenden Denkkategorien dar, die Gurjewitsch untersucht. Seine methodologischen Reflexionen sind jedoch für alle rechtshistorischen Forschungen von Interesse, weil sie Aspekte beleuchten, die in einer auf Fakten beschränkten, empirisch-positivistischen Forschungsperspektive nicht beachtet werden. Ohne weiteres kann man behaupten, dass der hermeneutische Ansatz, nach dem Kern unter den Rechtshistorikern suchte, von Gurjewitsch durchgeführt ist. Gurjewitsch hat indessen der Perspektive eine theoretische Vertiefung gegeben und er hat damit viele der mit der aktuellen Forschung verbundenen subtilen Aspekte herausgemisselt. Im folgenden werde ich das methodologische Programm von Gurjewitsch in aller Kürze wiedergeben und dessen Relevanz für eine rechtshistorische Forschung prüfen, die nicht nur das Mittelalter als unmittelbares Forschungsobjekt hat, sondern unsere ganze Rechtsgeschichte im Auge hat.

Die Frage nach den Motiven und Impulsen, die den mittelalterlichen Menschen in seinem Handeln steuerten, nimmt eine zentrale Stellung in der Konzeption von Gurjewitsch ein. Mit voller Berechtigung hebt er hervor, dass diese Fragestellung besonders wichtig ist, wenn man die mittelalterliche Gesellschaft studieren will, eine Gesellschaft, die uns vor eine uns heute völlig fremde Gedankenwelt stellt. Derjenige der z.B. mittelalterliche Rechtsquellen studiert hat, kann das Gesagte aus eigener Erfahrung bestätigen. Was einmal ein natürliches Element in einer lebendigen Gedankenwelt war, hat sich mit dem Verlauf der Geschichte zu Hieroglyphen verwandelt, die eine Dechiffrierung verlangen. Die Quellen werden ganz oder teilweise unbegreiflich wenn wir nicht

(7) A. Ja. GURJEWITSCH, *Das Weltbild des mittelalterlichen Menschen*, München, 1982, S. 6.

bereit sind, unsere Perspektive zu vertiefen, mit anderen Worten, die Quellen in dasjenige Wertsystem einzusetzen, das das Weltbild der mittelalterlichen Menschen formte. Gurjewitsch schärft ein dass

Ohne in vollem Masse die Wertorientierung und Kriterien, von denen sich die Menschen in der feudalen Gesellschaft freiwillig oder unfreiwillig leiten liessen, zu berücksichtigen, können wir keinen Anspruch auf eine wissenschaftliche Erklärung des historischen Prozesses erheben ⁽⁸⁾.

Diese Bemerkung trifft in höchstem Grad auf rechtshistorische Forschung zu, die ein normatives Denken zum unmittelbaren Forschungsobjekt hat. Wenn man sich, ohne über diese hermeneutische Problematik zu reflektieren, an die mittelalterlichen Quellen oder an die Rechtsquellen des Ancien Régime überhaupt herannähert und sie von einem gegenwärtigen juristischen Verstehenshorizont aus liest, wird man angesichts der Unmöglichkeit, ihnen eine einleuchtende Deutung zu geben, völlig hilflos sein. Als Resultat davon, dass wir die Sprache der Quellen nicht in ihren richtigen Kulturkontext einzusetzen verstehen, werden wir Gegensätze und andere « logische Fehler » sehen, die wir im schlimmsten Falle als Ausdrücke eines primitiven rechtlichen Denkens erklären. In diesem Falle haben wir die Art und Weise einer anderen historischen Epoche, sich selbst zu verstehen, vom Standpunkt des Denkens und Wertens unserer eigenen Zeit gewertet. Wie oft trifft man nicht in rechtshistorischen Darstellungen solche Ausdrucksweise an wie « Uebergangsform », « hatte sich noch nicht völlig entwicelt », « stellt einen Embryo dar » usw. Hier geht es also darum, diese Gefahr zu vermeiden und alle « Embryonen » und « Uebergangsformen » als Funktionen einer rechtlichen Struktur in einem gewissen historischen Kontext zu sehen.

Aus dieser Einsicht folgt wie eine Selbstverständlichkeit, dass Denkstrukturen und Verständnisformen nicht einen historisch-transzendentalen Charakter haben. Wie Gurjewitsch unterstreicht, gibt es keinen einheitlichen, historisch-transzendentalen Massstab, mit welchem man alle Zivilisationen und Epochen beurteilen und

⁽⁸⁾ A. Ja. GURJEWITSCH, S. 9.

messen kann, weil ein historisch-transzendentaler Menschentyp nicht existiert. Vom Menschen « wie er ist und immer war und sein wird », wie Jacob Burckhardt meinte, auszugehen, leitet zu einem falschen Bild des menschlichen Handelns und seiner Motivationen. « Im Endeffekt », so Gurjewitsch, « würde damit der moderne Westeuropäer an die Stelle des Menschen anderer Zeiten und Kulturen gesetzt »⁽⁹⁾.

Gurjewitsch geht von einem einheitlichen Kulturbegriff aus, den er als ein geschlossenes Zeichensystem beschreibt. Die methodologische Konsequenz ist ein synkroner Forschungsansatz: jede historische Schicht wird als ein zusammenhängendes Ganzes studiert. Aus dieser Betrachtungsweise folgt, dass die grundlegenden Kategorien, die das Denken einer Kulturepoche ausmachen, rekonstruiert werden müssen. Mit Grundkategorien meint Gurjewitsch das, was das Bewusstsein und Selbstverständnis des Menschen bestimmt, wie Zeit und Raum. Die Grundkategorien gehen also den Ideen und Anschauungen, die sich in verschiedenen sozialen Schichten ausbilden, voraus. Den Zusammenhang entwickelt Gurjewitsch auf die folgende Weise:

Deshalb kann man, so unterschiedlich Ideologie und Ueberzeugungen dieser Individuen und Gruppen auch gewesen sein mögen, auf ihrer Grundlage universale, für die gesamte Gesellschaft obligatorische Begriffe und Vorstellungen finden, ohne die das Entstehen von Ideen, Theorien, philosophischen, ästhetischen, politischen oder religiösen Konzeptionen und Systemen unmöglich ist. Die genannten Kategorien bilden das semantische 'Grundinventar' der Kultur⁽¹⁰⁾.

Diese Unterscheidung zwischen Ideologien und Ueberzeugungen, die sich andersartig in den verschiedenen sozialen Schichten der Gesellschaft ausbilden, einerseits und dem semantischen Grundinventar der Kulturepoche andererseits ist für den von Gurjewitsch vorgeschlagenen Forschungsweg von entscheidender Bedeutung. Das Grundinventar ist in der Sprache und den anderen Zeichensystemen wie Religion, Kunst, Wissenschaft und Recht verkörpert. Ueber die Welt zu reflektieren, so betont Gurjewitsch, ohne

⁽⁹⁾ A. Ja. GURJEVITSCH, S. 8.

⁽¹⁰⁾ A. Ja. GURJEVITSCH, S. 18.

diese Grundkategorien zu benutzen, ist ebenso unmöglich wie ausserhalb der Sprachkategorien zu denken.

Der synchrone Forschungsansatz bedeutet schliesslich, dass die Quellen kontextuell gelesen werden. Damit ist nicht in erster Linie gemeint, dass die Quellen selbst als Ganzheiten studiert werden müssen, das heisst, dass sie nicht bruchstückmässig gelesen und benutzt werden, was man als eine Selbstverständlichkeit für jeden text- und quellenkritisch geschulten und bewussten Forscher voraussetzen muss. In erster Linie ist statt dessen gemeint, dass die Quellen nicht ausschliesslich von ihrem eigenen Texthorizont aus gelsen werden können, sie müssen vielmehr im Rahmen ihres spezifischen kulturellen Kontextes als Ausdrücke eines historisch geprägten Verstehenshorizontes gedeutet werden.

Durch das Hervorheben der Notwendigkeit, die Motive des menschlichen Handelns in einem historisch gegebenen Wertsystem zu suchen, hat Gurjewitsch explizit eine Forschungsperspektive formuliert, die sich für rechtshistorische Forschung fruchtbar erweisen kann. Im Folgenden werde ich diese Perspektive weiterverfolgen, ausgehend von der These, dass das menschliche Handeln in jeder historischen Epoche mit einer gewissen Auffassung vom Sein, einer Ontologie, verbunden ist, die das Handeln, darunter auch das rechtliche Handeln, als einen Aspekt oder, mit der Redeweise von Gurjewitsch, als eine Grundkategorie im gesellschaftlichen Dasein, steuert.

III. ETHIK UND HANDLUNGSTHEORIE: ZUR FRAGE DER ONTOLOGIE DES HANDELNS

1. *Normative und positivistische Ethik.*

Mit der Frage nach dem Zusammenhang zwischen Wertsystem und Handlungswelt ist die Ethik oder die Motivationslehre des menschlichen Handelns in den Gesichtskreis getreten. Unter dem Sittlichen versteht man diejenige Sphäre des Lebens, die den Unterschied zwischen Gut und Böse und die damit verbundenen Normen unseres Handelns berücksichtigt. Der Ethik kann auch eine weitere Bestimmung gegeben werden, nämlich als die Wissenschaft der

Prinzipien unseres Handelns, die sogenannte praktische Philosophie.

Was die Aufgaben der Ethik betrifft, liegen zwei im Grunde verschiedene Betrachtungsweisen vor: ⁽¹¹⁾

a) die normative Ethik, eine Auffassung, nach der die Ethik Normen für unseres Leben und Handeln aufstellen soll (z.B. das Naturrecht);

b) die positivistische Ethik, eine Auffassung, nach der die Ethik solche Normen weder aufstellen kann noch aufstellen darf. In der Eigenschaft als die Wissenschaft vom Sittlichen soll die Ethik statt dessen gegebene Fakten feststellen und erklären.

Während jene einen usiologischen Charakter hat, d.h. von einer Identität von Sein und Sollen ausgeht (die ethisch verpflichtenden Normen liegen im Sein selbst), hat diese einen nomologischen Charakter, d.h. sie untersucht, welche Normen die Menschen in der Wirklichkeit beachten und versucht, im Handeln Konstanten oder Gesetzmässigkeiten zu finden. Der Unterschied zwischen die beiden Betrachtungsweisen stellt eigentlich einen Gegensatz dar. Die positivische Ethik lehnt nicht nur ab, ethisch verpflichtende Normen aufzustellen, sondern behauptet ausserdem dass es unmöglich ist. Für diesen Standpunkt werden zwei Gründe angeführt:

1) ein allgemeiner Grund, der sich auf einen unterschiedlichen Wissenschaftsbegriff stützt: die Aufgabe der Wissenschaft kann und soll keine andere sein als ein Feststellen und Erklären von Fakten. Dieser Wissenschaftsbegriff hat, historisch gesehen, seine Spitze gegen Theologie und Metaphysik gerichtet, die von der Auffassung ausgehen, dass man wahre Aussagen auch von denjenigen Wirklichkeitsmomenten formulieren kann, die sich nicht empirisch nachprüfen lassen. Dieser Auffassung liegt die Ueberzeugung zugrunde, dass es Aspekte oder Sphären der Wirklichkeit gibt, die der Empirie nicht zugänglich sind.

2) ein besonderer Grund: Der Positivismus behauptet, dass bindende ethische Normen, historisch gesehen, aus Gottesglaube entstanden sind, weil Glaube an göttliche Gebote einen Gottes-

⁽¹¹⁾ Die folgende Begriffsdarstellung ist H. REINER, *Die philosophische Ethik*, Heidelberg, 1960, entnommen.

glauben als Voraussetzung hat. Aber da ja der Positivismus diesen Glauben als reine Spekulation ablehnt, fällt der existentielle Grund bindender ethischen Normen weg und damit wird die normative Ethik ein für die Wissenschaft unmögliches Unternehmen.

Die zwei verschiedenen ethischen Betrachtungsweisen setzen zwei verschiedene erkenntnistheoretischen Positionen voraus, die in diesen Zusammenhang eingeführt werden müssen, wenn das Bild vollständig sein soll. Der normativen Ethik korrespondiert ein theorationalistisches Erkenntnismodell, das in die folgenden drei Hauptpunkte zusammengefasst werden kann:

1) Bei der Schöpfung hat Gott die menschliche Vernunft mit gewissen eingeborenen Prinzipien oder Ideen versehen (vgl. die stoischen Begriffe *ἐμφυται προλήψεις* oder *κοιναι ἔννοιαι*);

2) Diese Ideen stellen Abspiegelungen göttlicher Gedanken dar und auf dieselbe Weise ist die menschliche Vernunft ein Spiegelbild des *infinitus intellectus* Gottes (vgl. die *Imago Dei*-Lehre);

3) die eingeborenen Ideen befähigen den Menschen zu einer apriorischen Kenntnis der von Gott vermittelten inneren Prinzipien (*prima principia*) des Seins⁽¹²⁾.

Als ein für die Rechtsgeschichte relevantes Beispiel der Kongruenz zwischen der ethisch-normativen Betrachtungsweise und dem theorationalistischen Erkenntnismodell kann das mittelalterliche Naturrecht angeführt werden. Laut dieser rechtsphilosophischen Lehre mit einer sowohl in der katholischen als in der protestantischen Welt bis zum 19. Jahrhundert anhaltenden starken Kontinuität liegt die metaphysisch-ontische Verknüpfung zwischen *lex naturae* und *lex humana* in der menschlichen Vernunft, die kraft ihrer göttlichen Herleitung zu einer gewissen Einsicht der verpflichtenden Gebote des Naturrechts kommen kann. Durch die natürliche Vernunft (*ratio naturalis*) ist der Mensch von Gott mit einer Fähigkeit, zwischen Gut und Böse zu unterscheiden ausgestattet worden, der Fähigkeit, zur Einsicht der im Sein gegebenen ethischen Prinzipien zu kommen, die göttlicher Herkunft und für alle Menschen verpflichtend sind.

(12) F. KAULBACH, *Einführung in die Metaphysik*, Darmstadt, 1982, S. 86.

Das Naturrecht ist also der im Sein gegebene ethische Ueberbau, dessen Normen das menschliche Gesetz stets zu konkretisieren hat. Wir können einen Zusammenhang oder eine Identität zwischen Ethik und Recht feststellen, die unserer gegenwärtigen Rechtsauffassung als etwas völlig Fremdes gegenübertritt. Im Folgenden werde ich zu dieser Frage zurückkommen.

Der positivistischen Ethik entspricht andererseits eine erkenntnistheoretische Position, die im Verhältnis zu der theoreti- calistischen völlig gegensätzlich ist. Gemäss dieser erkenntnistheoretischen Position, die Kant als der erste durchgedacht hat (die sogenannte Kopernikanische Wendung der Philosophie), ist es ausgeschlossen, dass der Mensch kraft seiner Vernunft eine Einsicht in das Wesen der Dinge oder seine « inneren Möglichkeiten » gewinnen könne. Die Dinge an sich, die Ordnung des Seins selbst, liegt also ausser Reichweite menschlicher Erkenntnis. Nur die Erscheinungen sind der menschlichen Erkenntnis zugänglich. Der Zusammenhang oder die Gesetzmässigkeit unter den empirisch gegebenen oder sinnlichen Erscheinungen ist von der Vernunft selbst hergestellt, die mit Hilfe ihres logischen Inventars, den sogenannten transzendentalen Kategorien, der aus der Erfahrung gewonnenen Erkenntnis einen allgemein-gültigen und notwendigen Charakter gibt. Die Vernunft schafft sich mit anderen Worten selbst ihre Wirklichkeit. In Konsequenz dieser Verhaltensweise ist es sinnlos, eine im Sein gegebene normative Ethik zu postulieren, weil wir von dieser keine Aussagen machen können. Auf das Gebiet des Rechts übertragen bedeutet das, einfach ausgedrückt, dass die Quellen des Rechts einen empirisch-positivistischen Status haben müssen. Ein göttlich inspiriertes Naturrecht kann also nicht angenommen werden, weil es denjenigen wissenschaftlichen Forderungen nicht entspricht, die das heutige rechtsphilosophische Denken aufgrund des invertierten erkenntnistheoretischen Standpunktes aufstellt.

In dieser verschiedenartigen Auffassung der Ethik liegt der für das Verständnis des Rechtsbewusstseins im Ancien Régime hermeneutische Knotenpunkt. Die Sphäre des rechtlichen Reflektierens und Handelns stellte ein System von ethisch-normativen Prinzipien dar, die in einer gewissen Ontologie oder Auffassung vom Sein verankert waren.

2. *Handlungstheorie: Handeln als Praxis und Handeln als Bewirkung/Veränderung.*

Der Aufteilung in normative und positivistische Ethik und ihren erkenntnistheoretischen Voraussetzungen entsprechen zwei verschiedene Handlungstypen, die sich auf zwei im Grunde verschiedene Auffassungen vom Sein stützen, und zwar Handeln als Praxis und Handeln als Bewirkung/Veränderung.

Dem Handeln als Praxis, dessen Urtypus wir in der griechischen Polis finden, liegt eine Auffassung von der Natur als einem Bereich freier Wesen zugrunde, *fysis*, die sich von selbst bewegt, die wächst, abnimmt und sich verändert. Um diese Naturauffassung zu beschreiben, verwendet Friedrich Kaulbach den Ausdruck « freie Natur ». Die Lage des Menschen ist der freien Natur analog. Der Mensch versteht sich als einen Teil eines normativen Zusammenhanges, der Gemeinschaft, die in ihrer Eigenschaft als ein lebendiger Organismus ein Teil der Natur ist. Die politische Gemeinschaft stellt das spezifisch menschliche Milieu der physischen Welt dar⁽¹³⁾.

So wie die Wesen ist die Existenz des Individuums zweckbestimmt und gehört als ein integrierter Teil zum normativ-teleologischen Aufbau des Seins. Die Existenz des Menschen ist folglich auf ein im Sein niedergelegtes Ziel gerichtet.

Die Zielsetzung des Individuums und die der Gemeinschaft sind identisch. Das gesellschaftliche Leben wird dem Leben der Natur analog aufgefasst. Der Mensch gliedert sich als ein lebender Organismus in einem zielbestimmten Zusammenhang ein und durch die Teilnahme am Leben der Natur verfolgt er sein eigenes Ziel, d.h. das Ueberleben. Auf eine analoge Weise steht es mit dem gesellschaftlichen Leben. In der politischen Gemeinschaft verfolgt das Individuum in seinem Handeln ein Ziel, das für die ganze Gesellschaft Geltung hat. Dieser Typus von Selbstverständnis hat Relevanz nicht nur für die griechische Polis, sondern man begegnet ihm als einer grundlegenden Norm des menschlichen ge-

(13) Die Darstellung der handlungstheoretischen Aspekte baut auf F. KAULBACH, *Philosophie der Beschreibung*, Köln, 1968 und DERS., *Einführung in die Philosophie des Handelns*, Darmstadt, 1982.

sellschaftlichen Handelns seit dem zum Christentum bekehrten Mittelalter bis weit in die Neuzeit. Einen redengewandten Ausdruck dieses Verständnisses finden wir z.B. bei Johannes Althusius, der betont dass

Hominis politici symbiotici finis est sancta, justa, commoda et felix symbiosis, et vita nulla re necessaria vel utili indigens. Ad hanc vero vitam vivendam, nemo hominum per se est ἀνάγκη, vel sufficiens et satis a natura instructus⁽¹⁴⁾.

Im Handeln als Praxis geht es mit anderen Worten nicht darum, für ein privates, vom Individuum selbst aufgestelltes Handlungsziel zu wirken und in diesem Sinne in Uebereinstimmung mit den eigenen z.B. ökonomischen Interessen eine Veränderung im Sein zu suchen. Statt dessen geht es darum, das normativ-teleologisch bestimmte Leben der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Der Mensch soll stets in seinem Handeln danach streben, dem im Sein liegenden Zweck näher zu kommen. Demnach sind es nicht irgendwelche eigene subjektive moralische Bewertungen, die das Handeln des Menschen leiten, sondern es ist ein im Sein liegendes ethisches Telos, das der Mensch als seine Richtschnur hat. Die Verbindung zur oben beschriebenen normativ-ethischen Position ist offenbar.

Die Einsicht oder die Klugheit, prudentia, spielt als Erkenntnisform eine zentrale Rolle in dem Handeln als Praxis (vgl. iurisprudencia, prudentia politica). Prudentia setzt teils eine Einsicht in die allgemein ethischen Prinzipien, die in der Vernunft gegeben sind, teils eine Kenntnis des Singulären, des Wirklichen, voraus. Kluge Entscheidungen wachsen also aus der Kombination dieser zwei Quellen hervor. Prudentia ist ein aktiver Habitus, der erworben ist, nicht eingeboren wie die obersten ethischen Prinzipien der praktischen Vernunft. Den Zusammenhang zwischen den obersten Prinzipien und der Klugheit kann man so ausdrücken, dass die Klugheit die obersten ethischen Prinzipien in einer konkreten Handlungssituation verwirklicht oder anwendet. Man kann, wie Herbert Stupp den Zusammenhang auslegt, in der Lehre von

⁽¹⁴⁾ J. ALTHUSIUS, *Politica*, 3. Auff., Herborn 1614 (Faksimiledruck-Aalen, 1961), I. 3.

der Prudentia einen Versuch sehen, « die vernunftgemässen Ausrichtungen des Menschen auf Gottes Willen hin begrifflich zu erfassen » (15).

Das Gesagte kann mit einem Beispiel aus dem Gebiet des Rechts illustriert werden. In der alten « scholastischen » Rechts-theorie war die Auffassung grundlegend, dass das Gesetz nicht auf eine solche Weise formuliert werden konnte, dass es alles in der Wirklichkeit Vorkommende voraussehen konnte. Das Gesetz war, wie Thomas ab Aquino es ausdrückt, « ut in pluribus » geschrieben, was bedeutete, dass das Gesetz mit Rücksicht auf das, was gewöhnlicherweise vorkam geschrieben war. Was das Gesetz nicht voraussah und regelte, wurde der Beurteilung des Richters übertragen. In diesem Zusammenhang spielte die erworbene moralische Qualität des Richters, seine Prudentia, die entscheidende Rolle. Der Richter musste, um die richtige Entscheidung zu treffen, die intellektuelle Einsicht in die obersten ethischen Prinzipien, die ihm die praktische Vernunft zur Verfügung stellte, mit den in jedem Fall vorkommenden konkreten Umständen, *circumstantiae*, kombinieren. Kraft seiner Prudentia setzte der Richter die normativ-ethischen Grundprinzipien des Rechts, d.h. die Prinzipien des Naturrechts, in praktische Anwendung um. In einem schwedischen Lehrbuch aus der Mitte des 17. Jahrhundert wird folglich betont, dass « prudentia communis, quae leges iustas fert, vel in iudicio ferendo posita est » (16).

Der zweite Handlungstypus, Handeln als Bewirkung/Veränderung, der mit der Aufklärung das Verständnis des Menschen von seinem Verhältnis zur Umwelt prägte, hat eine andere ontologische Voraussetzung als das oben beschriebene Handeln als Praxis. Die Natur wird nicht mehr als ein System von selbständigen, zweckbestimmten Schöpfungen aufgefasst, die den Anfang ihrer Bewegung in sich selbst haben. Die Natur stellt statt dessen ein Feld mathematisch konstruierbarer Erscheinungen und Bewegungen dar. Das Individuum versteht sich nicht länger als zur

(15) H. STUPP, *Mos geometricus oder Prudentia als Denkform der Jurisprudenz*, Diss. Köln, 1970, S. 81.

(16) Zitiert nach Bo H. LINDBERG, *Brott och straff enligt more geometrico. Ett kristet-aristoteliskt arv*, in *Rättshistoriska Studier* 9 (Stockholm, 1983), S. 292.

gestaltenden Natur gehörend, sondern es behauptet eine Selbständigkeit im Verhältnis zu den physischen und normativ-ethischen Zweckbeziehungen. Charakteristisch ist, dass das Individuum Anspruch auf Beherrschung der Natur erhebt. Die Natur ist als eine « gefesselte Natur » aufgefasst, wie Friedrich Kaulbach das veränderte handlungstheoretische Verhältnis beschreibt. Die Vernunft sorgt dafür, dass sie mit messbaren Erscheinungen zu tun hat (vgl. Kants transzendente Kategorien), die in der Sprache der Naturgesetze dargestellt werden sollen, um in praktisch-technischer Hinsicht dem Individuum in seinem zielbewussten Handeln zur Verfügung zu stehen. Das Individuum tritt von nun an selbst als Gesetzgeber der Natur auf. Die Natur als unabhängiges Wesen ist nicht länger Gegenstand der Kenntnis, sondern das Individuum konstruiert selbst die Dinge in einem spontanen ursprünglichen Denken. Sein Verhältnis zur Umwelt ist von seinem Willen, die Dinge zu beherrschen, charakterisiert. Die Dinge werden als Mittel zu einer optimalen Verwirklichung der von Individuum selbst aufgestellten Ziele betrachtet. Das Individuum beabsichtigt, die Wirklichkeit gemäss seinen eigenen erlebten Bedürfnissen zu bewältigen und zu verändern. Dasselbe Verhältnis gilt für das gesellschaftliche Dasein. Das politische Handeln des Individuums ist nicht länger auf ein im Sein liegendes ethisches Ideal gerichtet. Die politische Zielsetzung repräsentiert statt dessen eine freie Wahl, die der Mensch getroffen hat, um die Gesellschaft in eine gewisse Interessenrichtung zu lenken und zu verändern. Die Kausalität spielt in diesem Handlungstypus eine entscheidende Rolle als Denkform. Die im Dasein beobachtete Ursache-Wirkung-Relation ist auf diejenige Weise aufgefasst, dass der wissenschaftlich Vertraute mit ihrer Hilfe die aufgestellten Ziel zu erreichen fähig ist.

Das Verhältnis zwischen Sein und Sollen ist im Rahmen des Handelns als Praxis nicht problematisch, weil das Sein transzendental aufgefasst ist: im Streben nach dem ethischen Ideal war die Vorstellung vom idealen Sein identisch mit der Vorstellung vom idealen Sollen (vgl. die Formel des Thomas ab Aquino « ens et verum et bonum convertuntur »).

Dagegen wird das Verhältnis problematisch von dem Augenblick an, wo ein empirischer Seinsbegriff in der Geschichte des Denkens vorherrschend wird. Wenn man das Sein als eine Summe

von konkreten Bedürfnissen, Interessen und Wünschen in einer historisch gegebenen Situation versteht, dann ist auch der Inhalt des ethischen Sollens von diesen Bedürfnissen, Interessen und Wünschen, und nicht länger von einem transhistorischen, transempirischen Ideal des Seins bestimmt. Sein und Sollen gehen damit getrennte Wege. Das Sollen ist den Bedürfnissen dieser Welt wie Nutzen (Utilitarismus), Lust (Hedonismus) oder Machtstreben (Vitalismus) angepasst⁽¹⁷⁾.

Im Lichte der beiden beschriebenen handlungstheoretischen Positionen formuliert Kaulbach eine Forschungsperspektive, die mit den Intentionen von Gurjewitsch zusammenfällt:

Die Leistung des Verstehens verlangt Erkenntnis des Handelnden, seiner Massstäbe, seines Seins und seiner Motivationen: dessen, was sich « hinter » der Bühne ereignet, auf der die sichtbaren und äusserlich beschreibbaren Vorgänge des Handlungsverlaufes geschehen. Um dieses Geschehen hinter der Bühne zu erkennen, dazu genügt es nicht, ihm gegenüber in einer objektivierenden Distanz zu verbleiben. Vielmehr muss man, wie Hegel einmal in der Phänomenologie des Geistes sagt « dahinter gehen ». Dass heisst: Verstehen fordert gedankliche Leistungen wie die des « Standnehmens » auf dem Boden einer Handlungswelt, die mit derjenigen des Verstehenden und seiner Handlung Eines ist⁽¹⁸⁾.

Eine wohlformulierte Zusammenfassung desjenigen Forschungsprogrammes, von dem hier die Rede ist.

IV. ZWEI RECHTSGESCHICHTLICHE BEISPIELE EINER HANDLUNGSTHEORETISCHEN ANALYSE

Wie irreführend eine Zurückprojizierung gegenwärtiger juristischer Begriffe und Vorstellungen auf eine frühere historische Epoche sein kann, soll im Folgenden an zwei rechtsgeschichtlichen Beispielen beleuchtet werden. Vorher muss jedoch betont werden, dass es sich hier nur darum handelt, eine vorläufige Perspektive nachzuweisen und nicht darum, fertige Forschungsergebnisse zu präsentieren.

(17) H.-H. SCHREY, *Einführung in die Ethik*, Darmstadt, 1977, S. 44.

(18) F. KAULBACH, *Einführung in die Philosophie des Handelns*, S. 64.

1. *Gesetz und Gesetzgebung: eine handlungstheoretische Analyse.*

a) *Die gegenwärtige Gesetzesauffassung.*

Gesetzesänderung und Gesetzgebung sind heutzutage eine Tätigkeit, der ein ausgesprochener metaphysischer Charakter fehlt. Wenn die politischen Voraussetzungen, d.h. ein politischer Wille in der Stimmenmehrheit einer gesetzgebenden Versammlung, vorliegen, kann ohne weiteres ein neues Gesetz gegeben und ein altes verändert werden, vorausgesetzt, dass die in der Konstitution für die Gesetzgebung niedergelegten Normen befolgt werden. Diese positivistische Gesetzesauffassung hat ihren Legitimationsgrund in einer demokratischen Ideologie. Nach dem Selbstverständnis des heutigen Menschen ist nur dasjenige Gesetz legitim, das die Mehrheit des Volkes hinter sich hat, d.h. das von den durch eine direkte Wahl beauftragten Vertretern des Volkes beschlossen wurde. Ein anderes, übergeordnetes Gesetz, das seine Legitimation von Quellen herleitet, die erkenntnismässig vom Menschen nicht kontrollierbar sind, wird nicht angenommen. Diesem Legitimationsgrund entspricht eine Gesetzesauffassung politisch-instrumentellen Charakters. Die Gesetzgebung ist ein Instrument, um gesellschaftliche Veränderungen, die aus dem Gesichtswinkel der politischen Mehrheit wünschenswert sind, zu bewirken.

Ein in der schwedischen Rechtsgeschichte frühes Beispiel dieser « modernen » Gesetzesauffassung ist der Entwurf zu einem neuen Zivilgesetzbuch von 1826, der von einer Gesetzeskommission mit liberalen Ambitionen ausgearbeitet wurde. Der Entwurf hatte das grosse Gesetzbuch der französischen Revolution, den Code civil, als sein unmittelbares Vorbild. Die Gesetzeskommission arbeitete mit dem Ziel, ein am bürgerlichen Individuum orientiertes Zivilrecht zu schaffen, was bedeutete, dass die Selbstverwirklichung des Individuums durch eigenen Fleiss und eigenes Kapital in den Vordergrund trat, und dass die soziale, ökonomische und rechtliche Gebundenheit des Individuums in den intermediären Korporationen der Gesellschaft, vor allem Zünfte und Stände, aufgelöst werden sollten. Dem Entwurf gemäss sollte Gewerbefreiheit eingeführt werden, die aussergewöhnlichen Gerichte, die in hohem Grad mit der korporativen Struktur der Gesellschaft zusammenhingen, sollten abgeschafft werden, gleiches Erbrecht für Mann und Frau sollte

eingeführt werden, ebenso wie der Frau in gewissem Alter automatisch die Mündigkeit gegeben werden sollte, um einige Beispiele der für die damalige schwedische Gesellschaft umwälzenden Neuheiten des Entwurfes zu nennen. Der vielleicht interessanteste Zug des Gesetzesentwurfes ist das im Entwurf implizierte autonome Rechtssubjekt, fern vom Statusdenken der Ständegesellschaft. Der Statuslehre gemäss wurden dem Individuum Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit im Verhältnis zu seiner sozialen Stellung und seinen korporativen Bindungen zugeteilt. Die neue Personentheorie war insofern revolutionierend, als sie die Annahme eines gleichen Rechtssubjekts, d.h. die Annahme, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich seien, einschloss. Im Entwurf wurde z.B. die Abschaffung des adeligen *forum privilegiatum* auf die folgende Weise motiviert:

Das persönliche Recht, vor einem anderen als dem allgemeinen Gericht gehört zu werden, ist ein Privileg, das sich, wie mehrere Ausnahmegesetze der gleichen Art, aus Verhältnissen herleiten lässt, die sich von denen der heutigen Gesellschaftsform sehr unterscheiden. Heutzutage haben die Unterschiede, die ehemals die Mitglieder verschiedener Stände und Körperschaften von dem gewöhnlichen Mann trennten, an Bedeutung verloren. Alle sind vor dem Gesetz gleich. Das Recht des einen ist nicht heiliger als das Recht des anderen. Das Gericht, das gut genug für den einen ist, ist gut genug für alle⁽¹⁹⁾.

Wenn der Entwurf zum geltenden Recht erhoben worden wäre, hätte das eine schnelle Umwandlung der politisch-rechtlichen Struktur der schwedischen Gesellschaft bedeutet, mit der politischen Auflösung der Ständegesellschaft und einer Repräsentationsreform als äussersten Konsequenzen. Mit der Betrachtungsweise der Gesetzeskommission wurde der Gesetzgebung eine gesellschaftsgestaltende Funktion zugemessen. Der schwedische Entwurf eines neuen Zivilgesetzbuches war in dieser Hinsicht eine zum Code civil parallele rechtsgeschichtliche Erscheinung.

Die in aller Kürze beschriebene Gesetzesauffassung ist in einer Handlungstheorie und in einem Freiheitsbegriff mit liberalen Akzenten philosophisch verankert. Dieser Freiheitsbegriff ist seiner Natur

(19) *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*, Stockholm, 1826, Motiver, S. 225. Hier und im folgenden Uebersetzung des Autors aus den schwedischen Quellen.

gemäss emanzipatorisch, was bedeutet, dass das Gesetz nur die Einschränkungen der im übrigen totalen Freiheit des Individuums regelt. Mit diesem Freiheitsbegriff ist ein politisches Handlungsprogramm eng verbunden, das eine Veränderung der politischen, sozialen und ökonomischen Struktur der Gesellschaft beabsichtigt. In der Natur der Sache liegt, dass das Recht zu nur empirisch gegebenen Zusammenhängen relativiert ist. Die Gesetzgebung ist damit als ein Bewirkungs- und Veränderungsinstrument freigesetzt. In der Gesetzgebung drücken die Menschen ihren Willen aus, die Dingen zu beherrschen und sie für eine optimale Verwirklichung der selbständig gewählten Ziele anzuwenden. Der Mensch versteht sich als ein über Natur und Geschichte herrschendes freies Subjekt.

b) *Gesetz und Gesetzgebung im Lichte des Handelns als Praxis.*

Wenn wir uns an die gesellschaftliche Wirklichkeit hinter den Umwälzungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts und beginnenden 19. Jahrhunderts wenden, begegnen wir einem Verständnis von Gesetz und Gesetzgebung, das im Verhältnis zur oben beschriebenen « liberalen » Gesetzesauffassung völlig anders ist. Die Rechtsauffassung war im Ancien Régime von einem methaphysischen Gesetzesbegriff beherrscht, der mit Kants « Kopernikanischer Wendung » der Erkenntnistheorie als unwissenschaftlich und abergläubig erschien. Ich werde unten in aller Kürze und mit Ausgangspunkt in der handlungstheoretischen Perspektive die charakteristischen Züge dieses älteren Gesetzesdenkens nachweisen, um damit klarzulegen, dass die verschiedenen Sichtweisen von Gesetz und Gesetzgebung tatsächlich zwei verschiedene Verständnishorizonte darstellen, jede von ihnen in ihrem besonderen gesellschaftshistorischen Kontext verankert. Die gegenwärtigen Gesetzeskriterien lassen sich also nicht ohne weiteres rückwärts in die Geschichte transponieren. Wenn man das tut, läuft man Gefahr, dass das tiefere Verständnis des Rechts in der alten Gesellschaft verborgen bleibt und dass das Bild, das wir von ihm zeichnen, unzutreffend ist.

In diesem Zusammenhang habe ich die Gesetzesauslegungen von Thomas ab Aquino als Ausgangspunkt für eine Charakterisie-

rung des älteren Gesetzesauffassung gewählt. Diese Wahl fordert jedoch einen ausführlicheren Kommentar. Oft hat man behauptet, dass die Naturrechtsentwicklung des 17. Jahrhunderts einen Bruch mit der Rechtsauffassung der hoch- und spätmittelalterlichen Scholastik darstellte. Mit dem holländischen Naturrechtslehrer Hugo Grotius sollte eine neue Epoche der Geschichte des Naturrechts eingeleitet worden sein, die vor allem von Rationalismus und Säkularisierung gekennzeichnet war. Heutzutage ist es jedoch die Auffassung der rechtsphilosophischen und rechtshistorischen Forschung, dass das 17. Jahrhundert einen solchen Bruch nicht darstellte. Das thomistische Vernunftrecht lebte weiter, wenn auch mit gewissen Akzentverschiebungen. Schon in den dreissiger Jahren hob Johann Sauter in seiner klassischen Arbeit « Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts » (1932) hervor, dass Grotius die von den spanischen Naturrechtlern des 16. Jahrhunderts vermittelte Tradition bewusst weiterführte, und dass besonders seine Kommentatoren, u.a. Johann Felde, Kaspar Ziegler, Heinrich Boecler und Joachim Osiander fortführen, Thomas ab Aquino und seine spätscholastischen Nachfolger wie z.B. Francisco Suarez, Gabriel Vasquez und Domingo de Soto zu berücksichtigen und ihre Bedeutung zu betonen. Das Vernunftrecht des 17. Jahrhunderts war, wie Alexander Hollerbach sagt, eher Ausdruck einer Evolution als eines Traditionsbruches, and er fährt fort: « Das Vernunftrecht — darüber herrscht heute kein Streit mehr — steht auf den Schultern der spanischen Spätscholastik und insofern auch auf denjenigen der Hochscholastik mit ihren Grundströmungen »⁽²⁰⁾. Ein für die rechtsphilosophische Entwicklung der Neuzeit kennzeichnender Zug ist nach dieser Auffassung also eine starke Kontinuität mit dem thomistischen Vernunftrecht als ihrem Ursprung. Die Naturrechtsphilosophie wurde niemals einer vollständigen « Entbibelung », Säkularisierung oder Profanisierung unterworfen. Erst mit der französischen Revolution kann man in dieser Hinsicht einen vollständigen Bruch mit der Tradition feststellen⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ A. HOLLERBACH, *Das christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens*, in *Naturrecht in der Kritik*, hrsg. von Franz Böckle & Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mainz 1973, S. 23.

⁽²¹⁾ A. HOLLERBACH, S. 24.

Zwei Umstände, die diese « zweite Scholastik » in der Rechtsphilosophie ermöglichten, müssen in diesem Zusammenhang erwähnt werden. Teils fand in Italien und Deutschland während des 16. Jahrhunderts eine weitgehende Aristotelesrezeption statt, die das philosophische Studium bis zum 18. Jahrhundert beherrschen sollte. Teils trat in Spanien in demselben Jahrhundert eine rechtsphilosophische Schule hervor, die, um den Ausdruck von Franco Todescan, wiederzugeben, eine « rinascita del tomismo » darstellte⁽²²⁾.

Was das Verhältnis zwischen dem Protestantismus und der philosophischen Tradition betrifft, ist das Abstandnehmen Martin Luthers von aller aristotelisch-scholastischen Metaphysik eine in der Literatur oft hervorgehobene Tatsache⁽²³⁾. Sie erfordert jedoch Einschränkungen. Vielmehr kann man im rechtsphilosophischen Denken Luthers, wenn man so will, eine Weiterentwicklung der scholastischen Tradition sehen. Nach einer Ankündigung des innerweltlichen Strebens der Aufklärung sucht man vergebens bei Luther, der in der religiös-metaphysischen Rechtslehre der Scholastik stehen blieb⁽²⁴⁾. In der Reformationstheologie wurde eine aus scholastischen Elementen zusammengefügte « philosophia christiana » entwickelt. Philipp Melancton war derjenige, der auf dem protestantischen Gebiet vor allen anderen die Rolle als Vermittler der scholastischen Rechtsphilosophie spielte. Hans-Peter Schneider hat die Bedeutung des Einsatzes Melanctons so formuliert, dass er « die gesamte rechtsphilosophische Tradition nicht nur der Antike, sondern ebenso auch der Patristik und Scholastik mit den neuen Glaubenslehren in Einklang zu bringen » suchte, und, setzt Schneider fort, « dieser Vorgang einer Angleichung der überliefer-

(22) F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, 1973, S. 15. Zu dieser Problematik siehe besonders *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno* (Per la storia del pensiero giuridico moderno, I), Milano, 1973.

(23) Siehe z.B. P. PETERSENS klassische Arbeit *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, Leipzig, 1921, S. 30-32.

(24) J. HECKEL, *Lex charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers*, München, 1953, S. 81.

ten Philosophie, insbesondere der Ethik, an die Reformationstheologie kennzeichnet geistesgeschichtlich die Epoche der 'Lutherischen Orthodoxie' im 17. Jahrhundert » (25). In «Loci communes» von 1559, Melanchtons rechtsphilosophischer Hauptarbeit, tritt folglich ein Gesetzesbegriff hervor, der in allem Wesentliche eine zum thomistischen Gesetzesbegriff parallele Struktur hat (26).

Im Lichte des Gesagten kann die thomistische Gesetzesauffassung nicht nur als eine auf das Mittelalter begrenzte Erscheinung betrachtet werden. Thomas' Reflexionen auf das menschliche Gesetz und seine metaphysisch-ontische Einbettung können in ihrer grundlegenden Struktur als typisch für eine Gesellschaft bezeichnet werden, in der sich das handelnde Individuum als einen Teil eines teleologisch-normativen Zusammenhangs versteht.

c) *Intellectus und ratio: der erkenntnistheoretische Grund des ethischen Handelns.*

Eine Darstellung der Gesetzesauffassung von Thomas muss sein erkenntnistheoretisches Denken als Ausgangspunkt nehmen. Thomas' Gedanken über den Vorgang der Erkenntnis sind in der Tat der hermeneutische Knotenpunkt des Gesetzes und Gesetzgebungsverständnisses im Ancien Régime (27). Der Mensch ist in der Schöpfung mit einer Vernunft versehen worden, die den Grund seines ethischen und damit des rechtlichen Handelns bildet. Die menschliche Vernunft stellt eine Einheit von zwei Kräften, intellectus und ratio, dar, die Thomas auf die folgende Weise präzisiert:

(25) H.-P. SCHNEIDER, *Justitia universalis. Quellenstudien zur Geschichte des «christlichen Naturrechts», bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Frankfurt am Main, 1967, S. 241.

(26) Siehe z.B. C. BAUER, *Melanchtons Naturrechtslehre*, in *Archiv für Reformationgeschichte* 42 (1951), S. 64-100, der die antiken Einflüsse auf Melanchton hervorhebt aber den sehr nahen Zusammenhang mit Thomas ab Aquino merkwürdigerweise verschweigt.

(27) Die Darstellung von Thomas' Gesetzesdenken baut auf B. BUJO, *Moralautonomie und Normenfindung bei Thomas von Aquin*, München, 1979 und O. H. PESCH, *Das Gesetz. Kommentar zu I-II 90-105*, in *Die Deutsche Thomas Ausgabe*, Bd 13 (Heidelberg 1977).

Nomen enim intellectus sumitur ab intime penetratione veritatis; nomen autem rationis ab inquisitione et discursu ⁽²⁸⁾.

Intellectus setzt den Menschen instand, Einsicht in den Wesens- und Bedeutungszusammenhang des Daseins zu erlangen. Es handelt sich dabei um eine sichere Kenntnis, die die innere Struktur der Dinge trifft. Diese Art von Kenntnis ist mit anderen Worten nicht das Ergebnis einer schrittweisen Durchdringung, sondern macht sich unmittelbar geltend. Infolge der Sünde kann indessen der Mensch nicht eine vollkommene Erkenntnis erreichen. Die menschliche Vernunft ist wegen des Sündenfalls verdunkelt worden.

Die sichere Erkenntnis, die der Mensch kraft seines Intellektes (intellectus) gewinnen kann, stellen die sogenannten prima principia universalia, die obersten Prinzipien des Seins, dar. Die Einsicht in diese Prinzipien ist ein Habitus, eine Eigenschaft, die den Menschen als Art kennzeichnet. Der Intellekt ist also ein apriorisches Erkenntnismoment, das dem Menschen als Imago Dei von Gott gegeben ist.

Ratio dagegen ist diejenige Seeleneigenschaft, die man im eigentlichen Sinne als Vernunft versteht. Sie ist die analysierende begrifflich-diskursive Funktion des Denkens. Das Verhältnis zwischen intellectus und ratio beschreibt Thomas so dass « certitudo rationis est ex intellectu », was bedeutet, dass intellectus die grundlegenden Prinzipien, aus welchen die Ratio neue Sätze ableitet, herstellt ⁽²⁹⁾.

Die Vernunft stellt ihrerseits, nach Thomas, eine Einheit von zwei Aspekten dar, und zwar ratio speculativa und ratio practica: ein Gedankengang, der sein Vorbild bei Aristoteles hat (νοῦς θεωρητικός; πρακτικός). Das spekulative Denken ist auf die Kenntnis um ihrer selbst willen eingerichtet, während das praktische Denken Kenntnis in Hinsicht auf das Handeln, praxis, sucht, was im übrigen ein grundlegender Gedankengang bei Aristoteles ist, der in der Nikomachischen Ethik bezüglich dieser Kenntnis betont dass "τὸ τέλος ἐστὶν οὐ γνῶσις ἀλλὰ πράξις" ⁽³⁰⁾

⁽²⁸⁾ STh I-II, q. 49 a. 5 ad 3.

⁽²⁹⁾ B. BUJO, S. 135.

⁽³⁰⁾ *Ethica Nikomachica* 1095 a.

Die Aufgabe der praktischen Vernunft besteht in einer konkreten Gestaltung des Sittlichen, des Ethischen. In dieser seiner Aufgabe kommt indessen das praktische Denken ohne seine spekulative/theoretische Entsprechung nicht aus. Die theoretische Vernunft wird eine Art Garantie dafür, dass der Mensch nicht gänzlich einem Handeln ausgeliefert ist, das blind und von den Trieben gesteuert ist. Bénézet Bujo hat den Zusammenhang, den Thomas zwischen den zwei Aspekten der Vernunft voraussetzt, auf die folgende Weise formuliert: « die betrachtende Vernunft hinterfragt alles und liefert damit die Begründung zum sittlichen Urteil »⁽³¹⁾. Die theoretische Vernunft garantiert eine fehlerfreie syllogistische Operation, durch welche man Folgerungen für ein richtiges Handeln ziehen kann (Orthopraxie).

d) *Synteresis und conscientia: die subjektiven Normen des ethischen Handelns.*

In der praktischen Vernunft wirkt synteresis oder scintilla conscientiae (gr. συντήρησις, heutzutage weiss man, dass dies ein Schreibfehler von συνείδησις = Gewissen ist), die ein dem Erkenntnisprinzip der spekulativen Vernunft entsprechender Habitus ist. In de Veritate sagt Thomas:

In ipsa (sc. anima) est quidam habitus naturalis primorum principiorum operabilium, qui quidem habitus ad synderesim pertinent⁽³²⁾.

Synteresis stellt eine A priori-Erkenntnis oder eine potentielle Fähigkeit, zwischen Gut und Böse zu unterscheiden, dar: bonum est faciendum, malum vitandum. Synteresis handelt von principia per se nota und ist intuitiv. Sie fordert keinen anderen vorherigen Erkenntnisakt als denjenigen, den die spekulative Vernunft ausführt. Synteresis ist der auch nach dem Sündenfalle unauslöschliche Rest der Einsicht in die ewigen ethischen Prinzipien. Sie kann nicht ausgelöscht werden, sondern wirkt in allen. Ein Mensch, der seinen Lastern nachgibt, ist taub für die Proteste, die synteresis aussendet. Thomas setzt ein Gleichheitszeichen zwischen synteresis und lex naturae.

⁽³¹⁾ B. BUJO, S. 142.

⁽³²⁾ *De Veritate*, 16, 1.

Während synteresis das im Menschen von Gott eingepflanzte Gesetz repräsentiert, ist es conscientia, das Gewissen, die die in synteresis beheimatete A priori-Erkenntnis in praktisches Handeln umsetzt, eine applicatio cognitionis habitae. Ein Irrtum kann niemals in synteresis stattfinden, die unfehlbar ist, sondern nur in conscientia. Der Mensch kann also nur in seinen konkreten, singulären Beurteilungen Fehler begehen.

e) *Lex aeterna, lex naturae und lex humana: die objektiven Normen des ethischen Handelns.*

Bei Thomas begegnen wir einen stufenförmigen Gesetzesbegriff, der die hierarchisch geordnete Kosmologie der Zeit widerspiegelt:

1) lex aeterna, das ewige Gesetz, ist Gottes Plan des Weltalls. In dieses einzige vollkommene Gesetz hat nur Gott selbst eine totale Einsicht;

2) lex naturae, das natürliche Gesetz, ist derjenige Teil des ewigen Weltplans in welchen der Mensch mit seiner durch den Sündenfall unvollkommenen Disposition eine gewisse Einsicht erreichen kann. Das natürliche Gesetz, das den Menschen das Gute tun und das Böse vermeiden lehrt, stellt die übergreifende Norm dar, die das menschliche Gesetz zu verwirklichen hat. Die Erkenntnis des natürlichen Gesetzes ist, wie oben berührt ist, in synteresis beheimatet. Das Verhältnis zwischen lex aeterna und lex naturalis ist von Thomas so beschrieben, dass

lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura⁽³³⁾.

3) lex humana, das menschliche Gesetz, ist historisch gebunden und ist folglich veränderlich. Thomas definiert lex humana als

nihil aliud est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ STh I-II, q. 91.

⁽³⁴⁾ STh I-II, q. 90 a. 4.

Das Naturgesetz kommt durch das menschliche Gesetz zu seiner Bestimmung und Konkretion. Diese Bestimmung des Inhaltes des Naturgesetzes konnte auf zwei verschiedenen Wegen geschehen:

1) durch *conclusio*, die eine Herleitung *via demonstrativa* von den *prima principia* ist. Diesen Umstand verdeutlicht Thomas mit Hilfe des fünften Gebotes: « Du sollst nicht töten! », das seinerseits eine Folgerung, *conclusio*, des naturrechtlichen *primum principium* ist, « niemanden soll ein Leid zugefügt werden (" nulli esse malum faciendum ") ». *Conclusio* ist eine unmittelbare Herleitung aus dem Naturgesetz und hat als solche denselben beständigen und unveränderlichen Charakter.

2) Durch *determinatio*, die die Anwendung des Naturgesetzes im konkreten Falle darstellt. Als ein Beispiel der *determinatio* bringt Thomas die konkrete Feststellung der Strafe: Das Naturgesetz schreibt vor, dass der Sünder bestraft werden muss. Wie diese Bestrafung konkret ausgeformt und vollgestreckt werden soll, liegt im Rahmen der *determinatio* ⁽³⁵⁾.

Wie Otto Herman Pesch in seinem Kommentar zu Thomas' Traktat « *de legibus* » hervorhebt, sind die konkreten Feststellungen des Naturgesetzes (*determinationes*)

eine positiv-juristische Grösse und bewegen sich in jenem freien Raum menschlicher und gemeinschaftlicher Lebensgestaltung, für die kein Naturgesetz mehr konkret anwendbare Regeln an die Hand gibt. Sie basieren dennoch, bei Gefahr sittlicher Unverbindlichkeit, auf dem metajuristischen Boden des Naturgesetzes und haben hier die Garantie ihrer ethisch-aktiven und nicht nur äusserlich erzwungenen Beachtung ⁽³⁶⁾.

Das menschliche Gesetz stellt also das hermeneutische Moment des Naturgesetzes dar, wodurch das im Sein liegende Sollen seine Form bekommt. Eine Veränderung des menschlichen Gesetzes kann, sagt Thomas, auf zwei Wegen aktualisiert werden:

1) Wenn die Vernunft es vorschreibt « *quia humanae rationi naturale esse videtur ut gradatim ab imperfecto ad perfectum* ». Die göttlich beleuchtete Vernunft ist also der Weg, zu

⁽³⁵⁾ STh I-II, q. 95 a. 2.

⁽³⁶⁾ O.H. PESCH, S. 587.

grösserer Einsicht zu gelangen. In der Vernunft liegt ein Trieb, nach dem allgemeinen Besten, *bonum commune*, zu streben. Thomas sagt, dass der Weg der Vernunft sowohl in den spekulativen Wissenschaften (*scientiae speculativae*) als in den praktischen (*operabiles*) derselbe ist: diejenigen, die etwas zum Nutzen des allgemeinen Besten entdeckt haben, konnten nicht alles verstehen und einsehen, sondern haben Mängel hinterlassen, die von anderen beseitigt werden⁽³⁷⁾.

2) Wenn die menschlichen Verhältnisse sich verändern, muss auch das Gesetz geändert und den neuen Umständen angepasst werden. Die menschlichen Bedingungen sind von Veränderlichkeit gekennzeichnet, und « *in rebus mutabilibus non potest esse aliquid omnino immutabiliter permanens. Et ideo lex humana non potest esse omnino immutabilis* ». Wenn die Sitten verdorben sind, muss eine Gesetzesänderung als Korrektiv zustande kommen, « *lex humana intantum recte mutatur, in quantum per eius mutationem communi utilitati providetur* »⁽³⁸⁾.

Thomas' Lehre von Gesetz, Gesetzesänderung und Gesetzesverbesserung muss im Lichte des Handelns als Praxis verstanden werden. Die Gesetzgebung wurde nicht als ein politisches Machtinstrument für das Zustandekommen eines von dem Gesetzgeber selbst aufgestellten politischen Handlungszieles aufgefasst. Das Gesetz war im Gegenteil ein Mittel, um der ethisch-normativen Ordnung möglichst nahe zu kommen. *Ens et verum et bonum convertuntur* kann als ein Leitmotiv in Thomas' Ethik und folglich auch in seiner rechtsphilosophischen Lehre aufgestellt werden. Ulrich Kühn betont, dass « das ontologisch erkannte Ziel des Menschen zugleich und als solches seine ethischen Norm ist »⁽³⁹⁾. Diese Identität zwischen Sein und Sollen stellt den metaphysisch-ontischen Kontext des menschlichen Gesetzes dar.

Das ontologisch-ethische Thema mit seinem anhängenden spezifischen Handlungstypus, Praxis, hat das Rechtsdenken noch mehrere Jahrhunderte nach Thomas geprägt.

⁽³⁷⁾ STh I-II, q. 97 a. 1.

⁽³⁸⁾ STh I-II, q. 97 a. 2.

⁽³⁹⁾ U. KÜHN, *Via caritatis. Theologie des Gesetzes bei Thomas von Aquin*, Göttingen, 1965, S. 133-134.

2. *Polizeistaat und Polizeirecht: eine hermeneutische Ortsbestimmung.*

a) *Die gegenwärtigen Vorstellungen von Polizeistaat und Polizeirecht und ihre Voraussetzungen in der frühliberalen Kritik.*

Dem gegenwärtigen Menschen geben Begriffe wie Polizeistaat und Polizeirecht Assoziationen einer Gesellschaft, in der die Staatsgewalt, mehr oder weniger despotisch war und wie ein Vormund handelte, in der die Obrigkeit mit Hilfe der Gesetzgebung in diejenigen Sphären des Lebens, die wir heutzutage als persönlich, intim oder privat auffassen, eingriff und sie normierte. Diese Vorstellung gründet sich indessen auf eine Schablone des Ancien Régime, die ihren Ursprung genau in derjenigen Kritik hat, die die bürgerlich-liberalen Kräfte am Anfang des 19. Jahrhunderts gegen den Polizeistaat richteten, in ihrem Streben nach einer Befreiung des privaten Verkehrs (Kapital und Geldbewegungen) von Kontrolle und Eingriffe der staatlichen Obrigkeit. Ein frühes schwedisches Beispiel solcher Kritik wurde von dem später in Gesetzgebungsangelegenheiten sehr einflussreichen Liberalen Olof Zenius vorgelegt, der 1809 in einer Broschüre mit dem Titel « Ueber Gewerbefreiheit » den Polizeistaat auf die folgende Weise beschrieb:

Man hat sich den ganzen Staat wie eine grosse in einem Haus vereinte Familie vorgestellt mit dem Regenten als Familienvater. Wie letzterer seinen Kindern vorschreiben kann, wie, wo und wann sie ihre Kräfte in seiner Arbeit gebrauchen sollen, da Kinder, solange sie im Vaterhaus wohnen und dort ihren Unterhalt geniessen, sich immer im Zustand der Unmündigkeit befinden und die Schuldigkeit haben, den arbiträren Befehlen des Vaters nachzukommen, genau so meinte man, dass es dem Regenten anstünde, die Grenzen für den Wirkungskreis eines jeglichen Untertanen abzustecken. Aber diese Vorstellungsweise ist offenbar unrichtig. Eine Gesellschaft besteht aus gesetzgebundenen aber nicht unmündigen Mitgliedern. Es sei die Pflicht des Regenten, aufgrund seiner ihm von der Gesellschaft aufgetragenen Schutzmacht, für die Sicherheit der Untertanen zu sorgen bei der Ausübung genehmigter Gewerbe; aber er ist nicht berechtigt, durch Verfassungen das Wirkungsvermögen des Einzelnen weiter einzuschränken als was der erwähnte Zweck und das damit verbundene Beste des Staates, eine unter den Untertanen gleiche Verteilung der Steuern unumgänglich forden. Alle Reglemente und Verordnungen, wo diese Grenze überschritten wird, sind sowohl unbillig, weil sie eine unnötigen

oder arbiträren Zwang auf die natürliche Freiheit der Untertanen umfassen, wie schädlich, weil sie den Einwohnern des Landes die Lust zu nützlichen Unternehmungen nehmen, und den Wettkampf hindern, der das einzige Mittel ist, mit dem man die Berufe und Handwerke zur grösstmöglichen Vollkommenheit bringen kann.

In seiner Kritik des Polizeistaates hat sich Zenius zum Dolmetscher eines modernen Polizeibegriffes gemacht, der formalisiert und ethisch neutralisiert ist: Politik ist das Gebiet, auf dem verschiedene Gesellschaftsgruppen ihre respektiven Interessen durchzusetzen versuchen. In diesem Zusammenhang hat folglich der Staat eine andere Aufgabe bekommen: Er soll nicht als eine Erziehungsanstalt sonder als eine Schutzmacht funktionieren. Zenius' Beschreibung gehört zur ideologischen Auseinandersetzung des Liberalismus mit dem Polizeistaat und hat deshalb in diesem Zusammenhang seinen hermeneutischen Kontext. In der Beschreibung des Polizeistaates den Nachdruck nur auf die umfassende juristische Regelung des Gesellschaftslebens zu legen, gibt ein einseitiges und undimensionales Bild der historischen Wirklichkeit, das mehr von den Wertungen des gegenwärtigen Menschen als von dem Selbstverständnis einer vergangenen Epoche enthüllt, die die Gesetzgebungstätigkeit der Obrigkeit von einem anderen Werthorizont als von dem des gegenwärtigen Menschen sah.

b) *Gute Polizei, scientia politica, salus publica und summum bonum und ihr sozial-ethischer Kontext.*

Vom Mittelalter an bis zum 18. Jahrhundert sind Ausdrücke wie gutes Gesetz und gute Ordnung, gute Polizei, salus publica, summum bonum in juristisch-administrativem Quellenmaterial sehr häufig. Polizei hat zwei semantische Stufen: 1) ein Zustand von guter Ordnung, den die Gesellschaft erreichen sollte; 2) die Mittel und Methoden, die zum Erreichen der guten Ordnung benutzt werden sollten (*scientia politica*). So ist z.B. *politica juris* für Johan Funck, einen schwedischen Richter des 18. Jahrhunderts, « eine Wissenschaft, wie die Sitten der Untertanen durch Satzung und Verordnungen verbessert werden sollen so dass das allgemeine Beste, innere Ruhe, Sicherheit und Vervollkommnung verbessert

werden »⁽⁴⁰⁾. Das war die in dieser Zeit übliche Definition mit antik-mittelalterlichen Wurzeln.

Wir haben es also hier mit einem normativ-teleologischen Begriff zu tun, einer Sphäre der Ethik. Uns gegenwärtigen Menschen, die sorgfältig einen Unterschied zwischen Politik und Ethik und zwischen Recht und Ethik aufrechtzuerhalten bestrebt sind, ist diese Betrachtungsweise etwas Fremdes. Dass Staatsmacht und Gesetzgeber unmittelbar und explizit eine gewisse Ethik des menschlichen Handelns durchsetzen und aufrechterhalten, ist heute unakzeptabel. Die älteren polizeirechtlichen Quellen können folglich nicht unreflektiert mit Ausgangspunkt von diesem gegenwärtigen Verstehenshorizont gelesen werden. Bei einem solchen Ausgangspunkt werden Begriffe wie gute Polizei, *salus publica*, *summum bonum* unverständliche Formeln. Wenn sie aus ihrem Zusammenhang, dem sozial-ethischen Kontext, herausgerissen werden, verwandeln sie sich in leere Schablonen, die zu nichts verpflichten oder die von jedem Inhalt nach Bedarf gefüllt werden können. Damit haben sie ihren ontologischen Charakter verloren.

c) *Politica christiana und ihr aristotelisches Erbe.*

Die neuzeitliche Entwicklung der praktischen Philosophie, von welcher die Polizei ein Teil war, ist auf das aristotelische Erbe in seiner während des Mittelalters christianisierten Form gebaut. In diesem Zusammenhang besonders bedeutungsvoll war Thomas ab Aquino, dessen Einfluss auf die rechtsphilosophische Entwicklung man kaum überschätzen kann. Thomas fasste eine Staats- und Rechtslehre ab, die ihren Ausgangspunkt von der aristotelischen Teleologie nahm. Innerhalb der Teleologie stellte Thomas eine Hierarchie von Zwecken auf. Analog zu den natürlichen Wesen hatte auch die Gemeinschaft oder Gesellschaft ein inneres *Telos*, d.h. ein gewissen *Bonum* zu verwirklichen. Dieses *Telos* fasste Thomas in aristotelischen Sinne als das gute, sittliche, tugendhafte Leben: « *virtuosa igitur vita est congregationis humanae finis* ». Ueber diesen natürlichen Zweck der Gesellschaft setzte Thomas einen äussersten Zweck, *ultimus finis*, der auf das ewige Leben

(40) J. FUNCK, *Genwäg til Lagfarenheten*, Stockholm, 1762, S. 2.

wies: « non est ergo ultimus finis multitudinis congregatae vivere secundum virtutem, sed per virtuosam vitam pervenire ad fruitionem divinam »⁽⁴¹⁾.

Dieser Position gemäss muss das gemeinsame Beste der Gesellschaft so bestimmt werden, dass jedes ihrer Mitglieder nach dem äussersten Ziel strebt. Der Fürst/die Obrigkeit muss darüber wachen, dass die Menschen ein tugendhaftes Leben führen, so dass sie die himmlische Glückseligkeit erreichen können: « quia igitur vitae, qua in praesenti bene vivimus, finis est beatitudo coelestis ad regis officium pertinet et ratione vitam multitudinis bonam procurare, secundum quod congruit ad coelestem beatitudinem consequendam »⁽⁴²⁾.

Die christlich-aristotelische Tradition hat im 16. und 17. Jahrhundert mit Wirkungen bis tief in das 18. Jahrhundert eine Blütezeit erlebt. In Schweden z.B. begegnet man dieser Betrachtungsweise oder dieser Art und Weise, das Dasein zu verstehen, noch im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts. Charakteristisch für diese Tradition war, dass das politische Handeln auf einen im Sein liegenden Zweck (bonum commune, salus publica etc.) bezogen wurde. Die Verbindung zwischen Politik und Ethik tritt deutlich in der Ueberzeugung hervor, dass man nur durch ein strenges Einhalten der ethischen Gebote diesen Zweck erfüllen könne. Man kann auch sagen, dass ein Erfüllen des Zweckes, d.h. das gute Leben, εὖ ζῆν, in gewissem Grade schon in den Mitteln der Moralität eingeschlossen liegt. Die Richtschnur ist das Gesetz, das sein Fundament in den beiden Tafeln des Dekalogs hat, oder, wie Althusius die Sache ausdrückt: « Quid enim vita humana sine pietate primae, et sine justitia secundae tabulae ».

d) *Status incorruptus - status corruptionis: die anthropologischen Voraussetzungen des Polizeistaates.*

Die anthropologischen und theologischen Voraussetzungen müssen ebenfalls beachtet werden, wenn man solche Begriffe oder Kategorien wie Polizeistaat und Polizeirecht in ihrem richtigen

⁽⁴¹⁾ *De Regimine*, I, 15.

⁽⁴²⁾ *De Regimine*, I, 15.

historischen Kontext verstehen will. Der Dekalog, der auch als eine Summa oder ein Kompendium des Naturrechts beschrieben wird, war diejenige ethische Grundnorm, gemäss welcher die Gesellschaft gesteuert worden sollte. Das Fundament des polizeistaatlichen Staats- und Rechtsdenkens stellte also eine normative oder ontologische Ethik dar, d.h. gewisse positiv aufgestellte Grundnormen, die die Gesellschaft in ihrer Ganzheit so weit wie möglich zu erreichen hatte. Die anthropologischen Konsequenzen des Sündenfalls (status corruptionis) bedeuteten jedoch, dass der Mensch seine totale Einsicht in den Willen Gottes und das höchste Gute verloren hatte. Infolge der Sünde wurde der Verstand des Menschen verdunkelt, weswegen er nicht imstande war, die im positiven Sinne aufgestellten Gebote völlig zu erfüllen. Ein Rest der ursprünglichen Einsicht, zwischen Gut und Böse zu trennen, blieb jedoch in der Vernunft zurück. Diese ethische A-priori-Einsicht, die bis in das 18. Jahrhundert eine zentrale rechtsphilosophische Instanz war, hat Thomas auf die folgende Weise beschrieben:

Unde et in operibus humanis, ad hoc quod in eis aliqua rectitudo esse possit, oportet esse aliquod principium permanens, quod rectitudinem immutabilem habeat, ad quod omnia opera examinantur; ita quod illud principium permanens omni malo resistat et omni bono adsentiat. Et hoc est synderesis, cuius officium est renuntiare malo et inclinare ad bonum⁽⁴³⁾.

Die Polizeinorm, und das menschliche Gesetz überhaupt, brachte eine mehr realistische Ethik zum Ausdruck. Ihre Gebote und Verbote berücksichtigten, dass der Mensch nach dem Sündenfalle ein sündiges Geschöpf war. Die Polizei war von diesen beiden ethischen Systemen aus bestimmt: von dem idealen ethischen System im Dekalog und von den realistischen Geboten, Verboten und Sanktionen des Polizeirechts. Diese Systeme waren Teile einer Gemeinschaft, in welcher die Religion eine reelle politische Angelegenheit und die Politik in ihrem Wesen theozentrisch waren.

e) *Die Tugendethik ist ein zentraler Gegenstand der Polizei.*

Während der Dekalog die äussersten Ziele des menschlichen Lebens aufstellte, handelte die Tugend, in diesem Falle prudentia,

⁽⁴³⁾ *De Veritate*, 16, 2.

die Klugheit, von denjenigen Mitteln und Wegen, die dem Menschen zur Verfügung standen, um die höchsten ethischen Prinzipien soweit wie möglich zu konkretisieren. Den Zusammenhang zwischen *synderesis* und *prudencia* hat Thomas so festgestellt dass « *synderesis movet prudentiam* ».

Der Fürst/die Obrigkeit hatte auf diesem Hintergrund eine wichtige Aufgabe: Der Mensch sollte zwar nach einem tugendhaften Leben streben und moralische Vervollkommnung erreichen, aber aufgrund seiner verdorbenen Natur musste er ermutigt (*praemia*) und gesteuert (*poenae*) werden, was im Rahmen der fürstlichen Ausübung der *iustitia distributiva* geschah. Dieses anthropologische Thema wurde von Thomas auf eine Weise entwickelt, die für die Gesetzes- und Rechtauffassung des Polizeistaates grundlegend wurde. Nach Thomas stellt das geschriebene Gesetz den Menschen unter einen Zwang, und es ist deswegen nur für Sünder gedacht, die nicht imstande sind, das Gute spontan zu tun (aufgrund des inneren in *synderesis* niedergelegten Gesetzes, *lex naturae*). Die Menschen können, so Thomas, in verschiedene Grade nach ihrem Vermögen, das Gute zu tun, aufgeteilt werden:

- 1) die spontan das Gute tun, ohne dazu gezwungen zu werden;
- 2) die einer väterlichen Leitung bedürfen;
- 3) die gezwungen werden müssen, das Gute zu tun;
- 4) die nicht einmal mit Zwang bewegt werden können, das Gute zu tun.

Viele Menschen würden die Tugend nicht suchen, wenn der Fürst seine *iustitia distributiva* nicht mit Gewalt ausübte. Das ist ein grundlegendes Thema in der polizeirechtlichen Auffassung von Bedeutung und Funktion des Gesetzes. Wir finden es z.B. in einer schwedischen Dissertation des 17. Jahrhunderts mit dem Titel « *De praemiis et de poenis* » auf die folgende Weise ausgedrückt:

Quemadmodum autem praemia, in excitandis et movendis bonis, magnam habent efficaciam: Ita poenae in coercendis malis. Poenae intellegimus illas, quas ob neglectam virtutis, vel scelera legitime instigit magistratus, quas aequae ac praemia in Republica necessarias esse constat. Unde Deus supplicia capitalia pro dilectorum ratione instituit, a quo didicisse eas homines, extra dubium est. Verba enim, praecepta et doctrina liberalia quidem ingenia cohortari et excitare possunt; at

reliquos, qui multo plures sunt, ad virtutem impellere non possunt. Mali ergo ne aliis vel facto, vel exemplo noceant, in omni Republica poenis sedulo sunt cohibendi⁽⁴⁴⁾.

Der Fürst hat als seine vornehmste Aufgabe eine gute Ordnung (die Polizei) durch Bestrafung der Missratenen und Belohnung der Frommen zu befördern. Das gesagte kann mit folgendem Zitate eines schwedischen Richters und Abgeordneten des 18. Jahrhunderts, Christian König, illustriert werden⁽⁴⁵⁾:

Eine Obrigkeit, die rechtschaffen und um die Wohlfahrt der Untertanen besorgt ist, sieht mit Sorgfalt darauf, dass sie in der Tugend unterrichtet werden, dass sie die Tugend lieben: ihre Glückseligkeit ist das Ziel, das nicht erreicht werden kann, ohne dass die Untertanen sich eines tugendhaften Lebens und rechtschaffener Verhältnisse befleißigen.

Die Absicht des Gesetzgebers ist nicht, die Untertanen durch Zwang tugendhaft zu machen, was gegen die Natur wäre; sondern sie durch Schrecken und Strafe von Untugend abzuhalten und sie zum Nachdenken über ihrem Unsinn zu bringen;

Dafür benutzt eine vernünftiger Gesetzgeber ernstliche Mittel, so dass die Untertanen nicht entarten oder eine Neigung zur Sünde fassen.

Alle Gesellschaften sollten, nach dieser Auffassung, glücklich sein, wenn jeder Einwohner für seine Begierde und Handlungen ein Gesetz gemäss der Billigkeit und den Worten Gottes aufstellte und aus eigenem inneren Antriebe seinen Nächsten mehr als sich selbst und das allgemeine Wohl mehr als sein eigenes liebte. Das unerreichbare ethische Ideal war, dass der Mensch unabhängig von Belohnungen und Strafen das Liebesgebot erfüllen solle. Da es sich aber nicht so verhielt, weil der Mensch ein schwaches und sündiges Geschöpf war, musste die Obrigkeit Hochmut (*superbia*) und

⁽⁴⁴⁾ J. FREINHEMIUS (praeses), *Discursus politicus de Praemiis et de Poenis* (Erlandus Camoenius, respondens), Upsaliae, 1651.

⁽⁴⁵⁾ C. KÖNIG, *Lärdoms-Öfning. Andra Tomen. Lagfarenbeten*, Stockholm, 1745, S. 11-12.

Selbstgefälligkeit, die die Ursache alles Bösen in der Gesellschaft darstellten, bekämpfen. Die Mittel, die zur Verfügung standen, waren Belohnungen, Strafe und Erziehung. Was die letzte betrifft, spielte der Katechismusunterricht eine bedeutende Rolle. Das pädagogische Moment tritt auch in der Gesetzgebungstechnik des Polizeistaates hervor. Das Vorkommen von Metaphern und anderen Stilmitteln in Gesetzen und Verordnungen zeugen von den erzieherischen Pflichten der Obrigkeit im Verhältnis zu den Untertanen⁽⁴⁶⁾. Die Gesetzgebung konnte nicht die Tugend erzwingen, wohl aber konnte sie dem Menschen helfen, der Erfüllung des Liebesgebotes näher zu kommen.

Der ethischen Umfang des Polizeirechts kann mit der folgenden Aufstellung illustriert werden. Die *iustitia distributiva* des Fürsten sollte mit Rücksicht auf zwei ethische Pole ausgeübt werden:

1) mit Belohnungen und Unterricht/Erziehung eine maximalistische Ethik fördern, die im Dekalog und im Liebesgebot zusammengefasst ist;

2) mit Straf- und Polizeirecht eine minimalistische Ethik in der Gesellschaft garantieren, was bedeutete, dass ein gewisses ethisches Niveau im menschlichen Zusammenleben immer aufrechterhalten werden sollte.

f) *Gesetzesverbesserung: Identität zwischen Sein und Sollen.*

« Pravi mores occasionem dant bonis legibus » ist eine in verschiedenen Varianten (u.a. bei Tacitus und Macrobius) oft zitierte Stelle, die den engen Zusammenhang zwischen der Tugendlehre und der moralistischen Rechts- und Staatsauffassung illustriert. Das gute Gesetz und die gute Polizei sind die Hilfsmittel gegen den Verfall der Sitten: sie garantieren eine ausreichende Ethik, wenn die Sitten und die Tugenden in der Gesellschaft verdorben sind. Der schwedische Justizkanzler Joachim Liliestråle hielt vor der

(46) F. EBEL, *Ueber Legaldefinitionen. Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung*, Berlin, 1974, S. 72 und passim.

schwedischen Akademie der Wissenschaften 1775 eine Rede, die die Betrachtungsweise mit grosser Prägnanz illustriert: (47).

Kein Gesetzgeber kann sich alle Missetaten und Formen ihrer Ausübungen vorstellen, die die Bosheit erfindet, die jedoch mit Notwendigkeit Gesetze fordern, wenn die Ruhe in der Gesellschaft bewahrt werden soll. Gesetze wie Menschen sind in der Sünde erzeugt und geboren: was ist es also verwunderlich, dass sie mit vielen Mängeln und Unvollkommenheiten belastet sind? Beide sind jedoch fähig, Verbesserung in gewissem Masse zu empfangen, und solange dieses Mass von Vortrefflichkeit, das erreicht werden kann, nicht erfüllt ist, hat man in seiner Pflicht gefehlt.

Liljesträle knüpft an die teleologisch-moralistische Geschichtsauffassung an: die Entstehung des Gesetzes ist ein Ausdruck des Verfalles der Sitten und der Gesellschaft. Das ist eine Grund-auffassung, die vom Mittelalter an ständig vorkommt und mit der oben angeführten schwedischen Quelle des späten 18. Jahrhunderts exemplifiziert ist.

Der Gesetzesverbesserungsgedanke selbst drückt eine Identität zwischen Sein und Sollen aus. Das ethische Sollen, das die Richtschnur und die Zielsetzung des menschlichen Handelns darstellt, liegt im Sein selbst. Der oben zitierte Liljesträle formuliert den Zusammenhang mit Rücksicht auf die Polizei wie folgt:

Die Regierungslehre hat sowohl feste als zureichende Prinzipien, die in der Natur selbst und in einer gesunden Vernunft, die niemals versagen, gegründet sind.

Gesunde Vernunft, *ratio sana* oder *recta*, müssen hier in ihrem metaphysisch-ontischen Kontext gelesen werden.

Eine konkretere Auslegung dieser für uns heute so fremden ethischen Verständnissen gibt Liljesträle mit den folgenden Worten:

Dies ist im Allgemeinen unsere Stellung in der Welt: wir haben an unserer Verbesserung zu arbeiten, ohne dass wir jemals zu etwas anderem kommen als zu einem zufälligen und eingeschränkten Zustand, aber wir müssen die Wohltat des Höchsten Leiters darin erkennen, dass, wenn wir den Wegen, die Er uns in der Natur der Dinge ge-

(47) J. LILJESTRALE, *Tal om Lagförbättring*, Stockholm, 1775.

wiesen hat, recht folgen, und die Fähigkeit, die Er uns gegeben hat, diese (sc. Wege) sowohl recht zu erkennen als angemessen zu befolgen, recht benutzen, wir wirklich den Grad der Glückseligkeit erreichen können, der uns zukommt, und der in diesem Zustand genügend ist.

Die Äusserungen Liljestråle sind typische Beispiele der Philosophie des Handelns als Praxis: das normativ-teleologisch bestimmte Leben der vorhandenen politischen Gemeinschaft aufrechtzuerhalten und in derselben so weit wie möglich nach einer Verwirklichung der transzendenten ethischen Ideale zu streben. Es ist hier angebracht, mit einem Zitat von Josef Pieper abzuschliessen, der mit Rücksicht auf die Behandlung der Problematik bei Thomas feststellt: ⁽⁴⁸⁾:

Der Mensch, der das Gute tut, folgt den Figuren eines Bauplans, der weder von ihm selbst erdacht noch auch von ihm selber ganz und in allen seinen Teilen gewusst ist. Dieser Bauplan enthüllt sich dem Menschen von Augenblick zu Augenblick jeweils wie durch einen schmalen Spalt in winzigem Ausschnitt; niemals wird ihm, im Stande des Auf-dem-Wege-Seins, der konkrete Bauplan seiner selbst in seiner runden und endgültigen Gestalt sichtbar.

Deutlicher kann die ontologische Struktur des Handelns als Praxis kaum beschrieben werden. Die Charakteristik hat nicht nur Relevanz für das Selbstverständnis, das die Welt von Thomas prägte, sondern ihre Gültigkeit kann man, wie oben hervorgehoben worden ist, bis in das 18. Jahrhundert feststellen.

V. ABSCHLIESSENDE REFLEXIONEN

Mit der oben vorgelegten Forschungsperspektive ist eine Reihe methodologischer Probleme und Aspekte verbunden, die in diesem kurzen Aufsatz nur angedeutet werden konnten. Meine Absicht war in diesem Zusammenhang lediglich, auf eine Perspektive und ihre Möglichkeiten für die rechtshistorische Forschung hinzuweisen. Deswegen habe ich mir erlaubt, sehr übersichtlich vorzugehen, um den Gedankengang deutlicher zu machen. Die Perspektive ist, wie schon gezeigt, in keiner Weise etwas Neues, aber sie ist,

⁽⁴⁸⁾ J. PIEPER, *Das Viergespann*, München, 1964, S. 51.

meiner Meinung nach, in allzu geringem Grade von den Rechtshistorikern beachtet worden. Die Kritik von Fritz Kern aus dem Jahre 1919 an der Unbewusstheit der Rechtshistoriker angesichts der Verstehensprobleme hat darum immer noch Gültigkeit.

Im Anschluss an Aaron Ja. Gurjewitsch werde ich diesen bescheidenen Beitrag mit einigen allgemeinen Reflexionen wissenschaftstheoretischer und geschichtsphilosophischer Art schliessen, die in der Verlängerung der Problematik liegen.

Um seinen Standpunkt klarer zu machen, stellt Gurjewitsch zwei im Grunde verschiedene Forschungspositionen gegen einander, und zwar die rein diakrone, teleologische Position und die synchrone, verstehensrelativierende. Jene, die Gurjewitsch als einseitig bezeichnet, sucht in der Geschichte eine Kette von Ursache und Wirkung. Die grundlegende Forschungsaufgabe besteht in einem Klarlegen, wie unsere Gesellschaft geworden ist, was sie ist. Typisch für diese Perspektive ist z.B., dass man das Mittelalter als die « Kindheit Europas » betrachtet. Die Perspektive war und ist auffällig in der rechtshistorischen Forschung, wo man rechtsgenetische Verläufe studiert um klarzulegen und zu zeigen, wie die gegenwärtigen Rechtsbegriffe sich entwickelt haben.

Die synchrone Forschungsposition, die Gurjewitsch befürwortet, verliert zwar die Veränderungsperspektive nicht aus den Augen, hebt aber besonders die synchrone Verstehensperspektive hervor. Der Vorteil, in die Geschichte hineinzusteigen mit der Absicht, jede ihrer Schichten als ein zusammenhängendes Ganzes zu betrachten, liegt nach Gurjewitsch darin, dass es uns die Möglichkeit gibt ⁽⁴⁹⁾,

im Menschengeschlecht sowohl eine Einheit als auch eine Vielheit zu sehen. Wenn wir in der Geschichte das Wiederkehrende erkennen, indem wir immer auf die gleichen Bedürfnisse und Erscheinungen des Menschen stossen, dann werden uns die Struktur und das Funktionieren der Gesellschaft sowie ihre Bewegungsgesetze klarer verständlich werden. Dadurch, dass wir mit den Unterschieden und der Vielgestaltigkeit der Formen des Lebens der Menschen in anderen Perioden der Geschichte oder in anderen Zivilisationen und Kulturregionen in Berührung kommen, begreifen wir genauer unsere eigene Originalität und damit unseren Platz im welthistorischen Prozess.

⁽⁴⁹⁾ A. Ja. GURJEWITSCH, S. 7

Dieser von Gurjewitsch allgemein formulierten Auffassung der Möglichkeiten einer erweiterten und vertieften historischen Kenntnis, die der hermeneutisch-synchrone Forschungsansatz bietet, stimme ich völlig zu. Ich möchte jedoch zum Schluss einen Aspekt hervorheben, der mehr auf die Situation des Forschers--Historikers oder Rechtshistorikers--zielt.

Aus dem von Gurjewitsch und auch von dem oben zitierten Friedrich Kaulbach betretenen Wege historischer Forschung folgt, dass das forschende Subjekt sich seiner eigenen Historizität bewusst wird. Das gibt seinerseits neue Perspektiven auf die betriebene Forschung, ihre Fragestellungen und methodologischen Ausgangspunkte. Objektivitätstheoretische Voraussetzungen spielen in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle. Im Lichte der gewonnenen hermeneutischen Einsicht verhält man sich selbstverständlich skeptisch zum historisch-transzendentalen, äusserlich aus den Naturwissenschaften entnommene Objektivitätsbegriff. Wenn man nicht damit zufrieden ist, nur eine diakrone Reihe von Fakten festzustellen, sondern seine Ambitionen dahin ausdehnt, diejenige Motive zu verstehen und klarzulegen, die die Menschen in ihrem Handeln während der verschiedenen Epochen der Geschichte geleitet haben, wird offensichtlich, dass es auf dem humanwissenschaftlichen Gebiet eine unmögliche Aufgabe ist, ein für allemal objektive historisch-transzendente Kenntnis zu fixieren. Jede historische Epoche bestimmt ihren Objektivitätsbegriff nach ihrem eigenen Massstab, sie schafft ihr eigenes Bild der Welt, in das auch der Forscher und sein eigener historischer Kontext gehören. « Denn, wie Gurjewitsch betont ⁽⁵⁰⁾,

unser Interesse an der vergangenen Epoche, die Kriterien, mit welchen wir an die Auswahl des Quellenmaterials herangehen, die Bewertungsmaßstäbe, die wir an dieses Material anlegen, sowie unsere Verallgemeinerungen und Schlussfolgerungen sind alle mehr oder weniger unvermeidlich von dem System der Ideen und Werte geprägt, das unserer Gesellschaft eigen ist.

Um eine Bestätigung dieses Gedankenganges zu bekommen, können wir uns an die Historiographie wenden, die uns zahlreiche

⁽⁵⁰⁾ A. Ja. GURJEWITSCH, S. 40.

Beispiele gibt, wie man in verschiedenen historischen Epochen seine Fragen an die Geschichte gestellt hat und wie man seine Forschungsprobleme gewertet und gelöst hat. Es wäre das Problem in eine allzu naive Evolutionsperspektive gestellt, wenn man die Erklärung hierfür nur darin sieht, dass die Kenntnisbasis früher hinflüchtiger war, d.h. dass die historische Wissenschaft noch nicht eine zureichende Entwicklungsstufe erreicht hatte. Eine solche Betrachtungsweise beleuchtet in Wirklichkeit gerade, wie befangen man ist in einem klassischen naturwissenschaftlichen Forschungsmodell.

Diese Einsicht stellt für die Arbeit des Forschers eine wichtige Voraussetzung dar. Sie ist ein Impuls, den eigenen Forschungsprozess eingehend zu reflektieren und aufzudecken, was sich zwischen dem forschenden Subjekt und dem erforschten Objekt abspielt. Die Schwierigkeiten sollen bewusst gemacht werden, aber das bedeutet nicht, dass Geschichte unmöglich und deswegen sinnlos ist. Wir müssen, wie Gurjewitsch bemerkt, annehmen, dass die Fragen und Probleme, die wir an die Geschichte stellen, von unserem eigenen Verstehenshorizont geformt sind und dass wir uns Antworten erwarten, die für diesen Horizont Relevanz haben. In diesem Sinne müssen wir auch Objektivität verstehen und die Illusion vermeiden, dass wir Forschungsergebnisse erzeugen können und müssen, die aere perennius sind.

UBALDO STAICO

STORIA, STORIA DEL DIRITTO, FILOSOFIA

La polemica KANTOROWICZ-GRABMANN

« Coloro che sono avvezzi a concepire la storia della scienza giuridica come una esposizione e discussione di concetti giuridici fuori del tempo e del luogo nei quali sorsero ed ebbero efficacia, dimenticano questa corrispondenza tra le idee e l'ambiente e le condizioni particolari nei quali esse si sono sviluppate. Confesso che per me una storia del pensiero giuridico è inconcepibile senza quella integrazione tra il pensiero giuridico e gli eventi ». Lo storico non giurista che venisse invitato a esprimere un parere sulla probabile cronologia del passo citato, in base alle possibilità interpretative e previsionali che i propri strumenti di lavoro storico gli consentono, presumibilmente si troverebbe ad esitare (a meno che ignori, cosa del tutto improbabile, l'influsso e il significato della metodologia introdotta da M. Bloch e L. Febvre nel 1929 con la fondazione delle « Annales ») se attribuire la nostra citazione a una discussione abbondantemente precedente l'apparizione di *Les rois thaumaturges* (1924) di Marc Bloch oppure al contesto delle resistenze che il nuovo approccio blochiano e poi delle « Annales » alla storia procurò nella storiografia del Novecento.

Ma non indugiamo oltre sull'indovinello e perfezioniamo subito la citazione: l'autore del nostro esordio è Bruno Paradisi, l'anno è il 1962 — quello di un suo fondamentale saggio⁽¹⁾. Ma il nostro autore non era certamente un solista, negli anni di quei

(1) B. PARADISI, *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza, in Bartolo da Sassoferato*, Studi e documenti per il VII centenario, Milano, vol. I, 1962, p. 398.

primi confronti in Italia della storiografia post-crociana col pensiero giuridico. Si può perciò ascoltare qualche altra esemplare voce del coro.

Già nel 1956 Domenico Maffei (attento agli affermati esercizi di quella che, ai nostri giorni, ci si sarà abituati a chiamare « la nuova storia ») in uno studio che trasferiva nel campo giuridico una larga tradizione in gran parte italiana di studi umanistici e rinascimentali, scriveva: « l'indagine storiografica non potrà illuminare che assai scarsamente la genesi e le caratteristiche dell'umanesimo giuridico se essa, accanto al diritto e alla letteratura, non porrà gli accadimenti politici e religiosi, sociali ed economici dell'età del Rinascimento: più precisamente se essa non conetterà quanto andava avvenendo nel campo del diritto con quegli avvenimenti » (2). Naturalmente simili decise prese di posizione in favore della nuova metodologia nella storia del diritto disegnavano delle precise postazioni di difesa, a cui corrispondevano non incerte posizioni di attacco. Il nobile « Methodenstreit » sembrava tuttavia conoscere di lì a poco il suo trattato di pace. I. Mereu affermava nel 1964: « C'è un punto sul quale convergono, da principi diversi e con ideologie differenti, tutti gli storici del diritto ed è la necessità di guardare al diritto di un'epoca non solo come a un fatto isolato, scomponibile nei suoi elementi dialettici ed analizzabile nella sua struttura tecnica, ma come a un elemento che non si può capire ed intendere in tutta la sua vera natura, se l'esame verticale non è accompagnato dall'esame orizzontale che metta in evidenza come il diritto si nutra della realtà in cui vive e da questa, e principalmente da questa, tragga gli elementi essenziali della sua vitalità » (3).

In tal modo la comunità dei giuristi, rappresentata dai suoi storici, sembrava raggiungere le stesse intuizioni dei fondatori delle « *Annales d'histoire économique et sociale* », quando, ricordando le ragioni di un'origine, confessavano: « Sapevamo bene che 'sociale', in particolare, è uno di quegli aggettivi che sono

(2) D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 25.

(3) I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, Napoli, 1964, p. 16.

stati usati per molti scopi, nel corso dei tempi, tanto che, ormai, non significa più niente (...). Ma concordavamo nel pensare che appunto un termine così vago come 'sociale' pareva essere stato creato e messo al mondo dalla Provvidenza storica, apposta per servire da insegna a una rivista che non voleva circondarsi di steccati (...). Non esiste una storia economica e sociale. Esiste la storia pura e semplice, nella sua unità. La storia che è tutta sociale per definizione » (4).

Tuttavia sarebbe improprio pensare ad una irenica convergenza d'intenti persino rivestita di una qualche aura di unanimità tra le molteplici concezioni del fare storia, che sia pure faticosamente, si forma, muovendo dalle subitane vittorie degli esordi, negli anni Venti, per giungere alle celebrazioni care ai nostri giorni. E ciò per almeno due ordini di problemi. Dalla riflessione quanto mai ricca degli anni Venti ci è pervenuto lo schema schmittiano (oggi pervenuto a quel successo indubbiamente eccessivo, di cui è segno la costituzione di una certa volgata) della coppia « amico-nemico », quale strumento interpretativo dei rapporti sociali e di potere. Ebbene, se è vero che tra la comparsa di quell'autentico manifesto che fu *Les rois thaumaturges* e la revisione dei metodi storiografici di cui fanno fede gli storici del diritto che abbiamo preso come testimoni di una svolta reale e profonda, intercorre un quarantennio, ossia lo spazio di due generazioni intellettuali e scientifiche, è lecito domandarsi se la pacificazione così tardiva non debba intendersi piuttosto e necessariamente come una capitolazione. Le battaglie intellettuali, fortunatamente incruente, comportano infatti non meno di quelle belliche vincitori e vinti, — ultimo segnale, se occorresse, che esse si svolgono non nei cieli dell'astrattezza bensì sul ben dissodato terreno delle lotte sociali. Sappiamo inoltre tutti, in secondo luogo, che — come ricordava anche il testo di I. Mereu — « ideologie differenti » guidano le concezioni e le teorie del diritto, certamente poste in un, per quanto lato, rapporto funzionale con un potere politico e con un assetto sociale determinati. Orbene un mutamento non secondario nel pensiero giuridico è per-

(4) M. BLOCH, *Vivre l'histoire*, in *Combats pour l'histoire*, Paris, 1953.

ciò necessariamente segno di una trasformazione dei rapporti sociali e di potere e delle concezioni ad essi relativi.

Lo storico, dunque, che intenda fare un bilancio e tracciare il significato della battaglia dei metodi che ha visto — schierati, bisogna pur dirlo, su dei fronti del tutto opposti — da una parte i rappresentanti della « nuova storia », col loro approccio sempre più comprensivo dell'evoluzione delle scienze umane e, dall'altra, i tradizionali (ché tali devono essere detti) sostenitori della separatezza della storia giuridica (una separatezza fondata su una specifica accezione del giuridico escludente ogni altro fenomeno non riconducibile al concetto presupposto di diritto: una separatezza perciò rigorosamente, anche se più o meno esplicitamente, fondata su una filosofia giuridica), non potrà non porsi la domanda su che cosa sia realmente accaduto quando la storia del diritto si è rivolta, con nuovo approccio, al sociale per assumerlo in qualche misura nelle proprie indagini, e seppure non ignorando che due generazioni scientifiche avevano invano inseguito la realizzazione del dialogo a cui il nuovo approccio necessariamente avrebbe dovuto condurre.

Come si è già suggerito, le profonde trasformazioni sociali succedute alla seconda guerra mondiale hanno — e non potevano non avere — impresso una inedita spinta innovatrice al pensiero giuridico (non più, dunque, statalismo e normativismo assoluti, non più ottica esclusivamente istituzionale ecc., ma riapertura ai fatti sociali nonché alla loro evoluzione — la « natura della cosa » per es. —, attenzione rinnovata ai corpi intermedi che mediano tra società e stato, ricomparsa nella sfera del diritto perfino del problema dei valori...). Ma che tale spinta abbia così stentato a tracciarsi il proprio cammino e quali reali risultati si siano originati da essa, questo è problema ancora aperto. Contrariamente agli storici i quali, attuando il programma di Bloch e Febvre, hanno — in qualche caso, come oggi appare chiaro, anche troppo massicciamente o frettolosamente — rifiutato la storia degli avvenimenti, la storia dei personaggi, la storia politica e istituzionale, per sposare strumenti e metodi dell'antropologia, della sociologia, dell'etnologia, della linguistica, gli storici del diritto sono stati ben lontani dall'abbracciare la radicalità di una tale svolta, che verrebbe da definire di centottanta gradi. A quali

agenti sociali, vale a dire, il mondo del diritto ha aperto le sue porte e per quali altri esse sono, al contrario, rimaste ermeticamente chiuse? In quale misura la nuova storiografia giuridica ha recepito, e tradotto nei suoi metodi, e rielaborato, e infine rivestito scientificamente i movimenti della società alle cui nuove istanze aveva inizialmente ritenuto di dovere piegarsi? Quale ermeneutica deve suggerire il ritardo storico-scientifico di cui si è detto — e che si sarebbe tentati di ritenere incolumabile — nei confronti di quell'approccio metodologico, di cui le « Annales » certamente rappresentano il caso più notevole, che ha profondamente pervaso di sé rinnovandola gran parte della storiografia di questo secolo? E a quest'ultimo proposito è pur vero che, se resistenze chiusure e ritardi hanno impedito a volte che nuova linfa percorresse i tessuti vitali dell'albero già due volte secolare (se si deve vederne in Savigny le radici) della storia del diritto, tuttavia sarebbe troppo semplice, per non dire liquidatorio, ricondurre tutto ciò che è accaduto non diciamo solo all'ideologia, ma anche ai rigidi presupposti e preconcetti del « Methodestreit ».

Perciò, nel momento in cui si intende tessere un bilancio del dialogo avvenuto (e se avvenuto...), un passo, se non obbligato, presumibilmente fruttuoso sarà quello di ripercorrere certi cammini comuni, rivedere talune storie, o frammenti di storie, forse anche dimenticati o del tutto sepolti, ricomporre, per così dire, certi album di famiglia, in cui le parentele, certi tratti salienti dei volti e quindi dei caratteri, origini lontane che magari presiedono a inattese filiazioni, possano gettare nuova luce sulla lettura di ciò che è avvenuto e sulla diagnosi delle possibilità che ogni avvenimento dischiude.

Perseguendo un simile intento, vorremmo perciò riproporre qui la lettura di tre testi, che dei problemi a cui si è accennato offrono una illustrazione riteniamo non priva di interesse.

I primi due testi racchiudono la polemica svoltasi tra Hermann Kantorowicz (1877-1940) e Martin Grabmann (1875-1949) intorno alla *Geschichte der scholastischen Methode* di quest'ultimo, sulle pagine della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, tra il 1921 e il 1922. Si tratta per l'esattezza della

recensione⁽⁵⁾ che l'illustre storico del diritto dedicò all'importante opera (i due primi volumi, che non saranno mai seguiti dal progettato terzo volume, apparvero, rispettivamente nel 1909 e nel 1911) del grande medievalista, alla quale questi rispose⁽⁶⁾ con dettagliate, persino puntigliose, a volte sferzanti precisazioni.

Davanti al testo del Grabmann il lettore della Rivista veniva opportunamente messo in guardia da una nota editoriale, la quale avvertiva che la disputa avveniva su un terreno che aveva ben poco di convenzionale. La nota (firmata da A. Werminghoff per la redazione), che pure essa sembrava non fare troppi misteri sulle proprie posizioni (anche se non, ovviamente, sui contenuti scientifici della polemica), diceva testualmente: « Abbiamo trasmesso il presente testo al recensore subito dopo il ricevimento del manoscritto, per dargli il modo, seguendo l'usanza della nostra rivista, di pronunciarsi in questo stesso volume. Ma egli, senza entrare nemmeno con una parola nel merito del dibattito, ha rifiutato di farlo, ritenendo la cosa inconciliabile con la propria dignità e lo ha fatto con una breve frase che qui non è consentito riferire alla lettera. Ci limitiamo a questa constatazione. Con ciò per noi il caso è chiuso ».

Nel corso della sua attività letteraria Grabmann incontrò ancora sul proprio cammino l'opera del Kantorowicz. Lo scontro del 1922 dovette riuscire così aspro che, a circa 25 anni di distanza, gli ultimi scritti del medievalista bavarese sembrano conservarne ancora le tracce⁽⁷⁾.

(5) H. KANTOROWICZ, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kanon. Abt. XI, 1921, 456-459.

(6) M. GRABMANN, *H. Kantorowicz und meine Geschichte der scholastischen Methode*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kanon. Abt. XII, 1922, 537-547.

(7) Nel saggio *Bedeutung und Aufgaben der Erforschung des mittelalterlichen Aristotelismus*, in una breve citazione sull'influsso dell'aristolismo nella scienza giuridica, Kantorowicz è menzionato all'ultimo posto: « In der Rechtswissenschaft hat, wie dies neuestens P. Fournier, E. Genzmer, A. Reinke, U. Lewald, St. Kuttner und H. Kantorowicz nachgewiesen haben, der aristotelische Einfluß sich vor allem in formalmethodischer Hinsicht gezeigt » (in *Mittelalterliches Geistesleben* — si abbrevierà in seguito *MAGL* —, III, 1956, p. 51). In un altro saggio, ricordando il ritrovamento di alcuni manoscritti fatto dal Kantorowicz, Grabmann aggiunge un po'

Il terzo testo è una lettera di Martin Heidegger (1889-1983) al Grabmann, del 7 gennaio 1917, pubblicata da H. Köstler sul *Philosophisches Jahrbuch* nel 1980⁽⁸⁾.

maliziosamente che la ricerca intorno all'oggetto in questione (la tradizione manoscritta della « Summa causarum de facto et usu curie ») è ben lungi dall'essere conclusa. Riesce curiosa, poi, la preoccupazione del Grabmann di sciogliere l'abbreviazione del nome di Stephan Kuttner impiegata dal Kantorowicz (« Einige weitere Handschriften aus der noch längst nicht vollständig erforschten Überlieferung zitiert H. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, 27 n. 39 und p. 29, mit einigem Zweifel an der Verfasserschaft Adenulfs. — S.K. (= Stephan Kuttner) (sic!) »: *Adenulf von Anagni, Propst von Saint-Omer (+ 1290)*, *MAGL* III, 1956, p. 311). Più serena invece una citazione (in un articolo apparso postumo) che riprende uno dei temi della *Geschichte der scholastischen Methode*, presente anche nella polemica vecchia oramai di un quarto di secolo: « Ich will nur kurz darauf hinweisen, daß in neuester Zeit Untersuchungen über das in der Anwendung der quaestio, der distinctio, der disputatio sich äußernde dialektische Verfahren in der Rechtswissenschaft bei den Kanonisten und Legisten angestellt worden sind. Ich habe schon in meiner Geschichte der scholastischen Methode auf die engen Beziehungen zwischen Kirchenrecht und scholastischer Methode in der Frühscholastik hingewiesen. Von seiten der Vertreter der Rechtswissenschaft, des kanonischen und des römischen Rechts, sind in der letzten Zeit sehr ergebnisreiche Untersuchungen von E. Genzmer, U. Nicolini, H. Kantorowicz, Stephan Kuttner, U. Lewald u.a. angestellt worden » (*Aristoteles im 12. Jahrhundert*, in *Medieval Studies*, 12 (1950), — cito da *MAGL* III, 1956, p. 122).

⁽⁸⁾ H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, in *Philosophisches Jahrbuch*, 87 (1980), 96-109; da questo studio attingo le notizie concernenti le circostanze della composizione della lettera di Heidegger. Non esiste una risposta di Grabmann a Heidegger. Tuttavia H. Köstler ritiene che « aus der Kenntnis des Nachlasses Grabmanns ist jedoch zu schließen, daß eine Antwort auf den vorliegenden Brief Heideggers erfolgte, denn Grabmann pflegte zeit seines Lebens ausführlich auf wissenschaftliche Zuschriften einzugehen, wie vielen an ihn gerichteten Dankbriefen zu entnehmen ist » (*ib.*, p. 108). H. Köstler è coautore della più recente bibliografia su Grabmann: H. KÖSTLER - L. OTT, *Martin Grabmann. Nachlaß und Schrifttum*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1980. Per la biografia di Grabmann sono da citare: le *Autobiographischen Notizien* pubblicate come introduzione al III volume (postumo) di *Mittelalterliches Geistesleben* (München, 1956); M. SCHMAUS, *Leben und Werk Martin Grabmanns*, in *Mitteilungen des Grabmann-Instituts der Universität München*, H. 3 - Gedenkblatt zum 10. Todestag, München, 1959; L. OTT, *Martin Grabmann, sein*

Il giovane Heidegger si è venuto formando nell'ambiente della teologia cattolica (dal 1909 al 1911 è studente di teologia, dal 1911 al 1914 studia matematica). Sino al 1914 i suoi articoli e recensioni appaiono esclusivamente nella *Literarische Rundschau für das katolische Deutschland* e sul *Philosophisches Jahrbuch*. Non sorprende quindi che la « philosophische Dissertation » (*Die Lehre vom Urteil im Psychologismus. Ein kritisch-positiver Beitrag zur Logik*) venga sostenuta da Heidegger — a Friburgo nel 1913 — con Artur Schneider, che per l'appunto dal 1911 al 1913 è professore di « filosofia cattolica » a Freiburg im Breisgau (la dissertazione sarà pubblicata a Leipzig nel 1914). Così pure l'« Habilitationsschrift », che chiude nel semestre estivo del 1915 alla facoltà di filosofia di Friburgo la carriera scolastica di Heidegger, affronta un tema di filosofia medievale, probabilmente ispirato ancora da A. Schneider⁽⁹⁾: *Die Kathegorien- und Bedeutungslehre des Duns Scotus* (pubblicata a Tübingen nel 1916). Dal 1916 « Privatdozent », Heidegger collabora nel seminario estivo di quello stesso anno col teologo Engelbert Krebs (che dal 1915 al 1919 è professore di teologia a Friburgo), insieme col quale nel « Seminario di filosofia II » fa delle esercitazioni sugli scritti di logica di Aristotele. Ancora nel semestre invernale del 1919-20 si occuperà dei fondamenti filosofici della mistica medievale⁽¹⁰⁾; tuttavia, per quanto i suoi interessi teologici non venissero meno, a partire dalla chiamata alla cattedra di filosofia a Marburg nel 1923 l'attenzione si spostò verso la teologia protestante — in particolare, come è noto, verso l'opera di Rudolf Bultmann.

Occorre rilevare che l'accostarsi di Heidegger alla teologia cattolica e alla filosofia e teologia medievali è piuttosto determinato da circostanze di ordine accademico. Se si guarda al contenuto delle due opere giovanili citate, la « Dissertation » si ispira

Leben und sein Werk, Neumarkt, 1975; C. GŁOMBİK, *Martin Grabmann und die polnische Neuscholastik*, in *Philosophisches Jahrbuch*, 89 (1982), 383-396.

⁽⁹⁾ « So ist anzunehmen, daß die Wahl des Themas für die Habilitationsschrift von Artur Schneider angeregt wurde » (A. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 106).

⁽¹⁰⁾ *Ib.*, p. 97-98.

al pensiero di Rickert, mentre l'« Habilitationsschrift » fa proprio il metodo della fenomenologia di Husserl⁽¹¹⁾. È che Heidegger pensò nei primi tempi della sua carriera accademica di poter ottenere la cattedra di « filosofia cattolica »⁽¹²⁾; aspirazione che come « Privatdozent » dovette coltivare ancora per alcuni anni, finché la cattedra di Marburgo non pose fine a questa fase della sua storia accademica, con un conseguente mutamento di indirizzo nella sua attività filosofica.

Negli anni in cui si colloca il lavoro su Duns Scoto di Heidegger, Friburgo è sede di avvenimenti filosofici di rilievo. Quella che era stata per un ventennio l'« Università di Rickert » vede nel 1916 un avvicendamento che, in certa misura, ne segnerà le sorti intellettuali: Heinrich Rickert lascia Friburgo per Heidelberg; a succedergli viene chiamato Edmund Husserl — e, come è noto, nel 1928 Martin Heidegger succederà a Husserl nella cattedra di filosofia. Appena un anno dopo approderà a Friburgo anche il filosofo Joseph Geyser (vi resterà fino al 1924), mentre, come si è detto, il teologo Engelbert Krebs vi era giunto l'anno precedente e Artur Schneider aveva da poco (nel 1913) lasciato Friburgo per Strasburgo.

Un'occasione che si inquadra in questa cornice accademica fa incontrare Martin Grabmann e Martin Heidegger. Nel dicembre del 1915 era morto a Monaco prematuramente (aveva 53 anni) Oswald Külpe, professore di filosofia e psicologia, giunto in quella università da soli due anni, dopo aver insegnato filosofia, estetica, psicologia a Leipzig, Würzburg e Bonn. Külpe è un discepolo di Wilhelm Wundt; egli viene considerato il rappresentante della corrente detta del « realismo critico » e fondatore di una scuola — la scuola di Würzburg — che prosegue i suoi insegnamenti, i quali vengono in forma sintetica e definitiva consegnati nella sua grande opera *Die Realisierung. Eine Beitrag zur Grundlegung der Realwissenschaften* (Leipzig 1912).

In quel momento Grabmann è a Vienna; dal 1913 al 1918 insegnerà in quella università « filosofia cristiana », dopo aver insegnato dal 1906 al 1913 dogmatica alla « Philosophisch-theo-

(11) *Ib.*, p. 106.

(12) *Ib.*

logische Hochschule » di Eichstätt. Alla teologia dogmatica ritornerà, ma a Monaco, nel 1918 e fino al 1939 (quando il governo nazista sopprimerà la facoltà). La scomparsa di Külpe sembra sollecitare Grabmann a una valutazione complessiva del « realismo critico »: è questo l'oggetto dello studio che appare sul *Philosophisches Jahrbuch* del 1916, *Der kritische Realismus Oswald Külpes und der Standpunkt der aristotelisch-scholastischen Philosophie* (13). Grabmann esordisce, come è sua abitudine, dichiarando con tutta chiarezza l'interesse da cui è mosso (e che già il titolo dello studio suggerisce): il « realismo critico » di Külpe sembra avvicinarsi al punto di vista della filosofia aristotelico-scolastica (14).

Ma la dottrina di Külpe non è, secondo Grabmann, un fenomeno isolato: essa fa parte di un vasto movimento che, se da una parte, e negativamente, rappresenta una reazione alla teoria idealistica della conoscenza (15), dall'altra esprime una intenzione teorica compiuta e cosciente dei propri compiti, a cui in quegli anni si era voluto dare il nome di « nuovo realismo ». Grabmann cita in primo luogo il « nuovo realismo » americano, che annovera tra le sue ascendenze W. James, crede di scorgere se non altro delle esigenze « realistiche » nei *Problems of Philosophy* di Bertrand Russel, ma soprattutto invoca un nome tedesco, quello di Edmund Husserl (16). Per quanto egli non ignori la

(13) M. GRABMANN, *Der kritische Realismus Oswald Külpes und der Standpunkt der aristotelisch-scholastischen Philosophie*, in *Philosophisches Jahrbuch* 29 (1916), 333-369.

(14) « Unsere Aufmerksamkeit erregt diese selbständige und tiefgründige Denkergestalt unter der Gesichtspunkt des von ihm vertretenen kritischen-Realismus, der ihm in vieler Hinsicht in die Nähe der aristotelisch-scholastischen Philosophie gerückt erscheinen lässt » (M. GRABMANN, *Der kritischen Realismus ...*, cit., p. 335).

(15) « Es lässt sich nicht verkennen, dass in den letzten Jahren als Gegensatz und Gegenstoss gegen den erkenntnistheoretischen Idealismus sich eine objectivistisch-realistische Bewegung geltend macht » (M. GRABMANN, *Der kritische Realismus...*, cit., p. 335- 336). Si può ricordare come la « gnoseologia idealistica » diventerà, sempre più staccata dalle sue fonti e dal contesto originario, una delle teste di turco più costantemente bersagliate dalla volgata neoscolastica e neotomistica.

(16) « In Deutschland hat der Objectivismus seinen denkgewaltigsten

non riducibilità della fenomenologia husserliana ai motivi « realistici »⁽¹⁷⁾, tuttavia non nasconde quello che per lui doveva apparire il motivo di maggiore interesse nella posizione di Husserl, ossia la sua (a dire il vero non chiarissima) rivalutazione della filosofia medievale e i seppur limitati punti di contatto della sua filosofia con la scolastica⁽¹⁸⁾.

In tutti i casi il ponte tra Grabmann e Friburgo è gettato. Nel 1924 Husserl si pronuncia per l'attribuzione a Grabmann della « cattedra concordataria » rimasta vacante per il trasferimento a Monaco di Joseph Geysler, che succedeva a Clemens Baeumker deceduto in quello stesso anno. Ma Grabmann, che aveva ereditato da Baeumker — al quale era stato talmente legato da vincoli di amicizia e di studio, da condizionare alla collaborazione con lui alcuni momenti della sua carriera accademica⁽¹⁹⁾ — la direzione dei *Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, rifiuta.

Vertreter in E. Husserl in Göttingen, jetzt in Freiburg, gefunden, dessen in zweiter Auflage erscheinende « Logische Untersuchungen », wozu jetzt noch seine « Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie » kommen, von Külpe mit Recht als « eines der hervorragendsten Zeugnisse für die Selbstständigkeit des Denkens » gewertet sind » (M. GRABMANN, *Der kritische Realismus...*, cit., p. 336).

(17) Grabmann si richiama a J. Geysler per sostenere a proposito di Husserl « den Gegensatz seiner Lehre von "Ideation", oder "Wesenserschauung" zum kritischen Realismus » (M. GRABMANN, *Der kritische Realismus*, cit., p. 337 n. 6).

(18) « Die Berührung zwischen Husserl und der Scholastik gehört der Logik an » (M. GRABMANN, *Der kritische Realismus...*, cit., p. 337 n. 6).

(19) La partenza, nel 1918, da Vienna per Monaco di Grabmann è attribuita nelle sue « Notizie autobiografiche » in modo particolare alla presenza di Clemens Baeumker nel capoluogo bavarese: « Ich kehrte in meine bayerische Heimat auch deshalb zurück, weil ich in München enger mit Clemens Baeumker, dem feinsinnigen und tiefgründigen Erforscher der Philosophie des Mittelalters, dem Begründer und Herausgeber der Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters zusammenarbeiten konnte » (M. GRABMANN, *Autobiographische Notizen*, in *MAGL*, III, 1956, p. 3). Così pure sembra di poter indovinare lo stesso motivo, per quanto non esclusivo, quando Grabmann rinuncia ad andare a Milano nel 1922 per insegnare nella appena fondata « Università Cattolica » o a succedere allo stesso Baeumker (divenuto emerito) nella facoltà di filosofia di Monaco.

Tuttavia, nel 1916, questo ponte Vienna-Friburgo non mancava di essere attraversato in entrambe le direzioni. Una cartolina del teologo di Friburgo Engelbert Krebs (che aveva insegnato per diversi anni anche filosofia) del 5 gennaio 1917 a Martin Grabmann 'informa' il medievalista a Vienna che *la filosofia*, a Friburgo, si chiama Husserl, Geysler, Heidegger⁽²⁰⁾. Per quanto libero docente, Heidegger si era già guadagnata una sufficiente autorità. Tuttavia non sembra essere questo il motivo, unico o determinante, per cui Grabmann invierà a Heidegger (oltre che, naturalmente, a Krebs) un estratto del suo saggio su Külpe (Grabmann non invia, di fatto, il suo articolo ad Husserl). È che Heidegger era l'autore dello studio, così originale, su Scoto; non solo, ma era uno dei non molti filosofi accademici ad occuparsi di filosofia medievale — e le cui fortune a Friburgo non erano del tutto sicure⁽²¹⁾.

In mancanza di dati certi, la cronologia dei fatti può suggerire delle ipotesi. L'«*Habilitationsschrift*» di Heidegger è pubblicata tra il settembre e l'ottobre del 1916 (la prefazione reca la data: settembre 1916). Intorno alla fine di dicembre Grabmann fa avere ad Heidegger il suo saggio su Külpe (Krebs chiama la copia a lui stesso inviata « regalo di Natale »). Heidegger risponde a Grabmann con la lettera datata, come sappiamo, 7 gennaio 1917. In essa il neo-«*Privatdozent*» parla a Grabmann del successo che il saggio su Duns Scoto ha ottenuto presso Rickert e Husserl (Krebs aveva letto lo studio nel manoscritto), ma dichiara che « difficilmente posso aspettarmi da questi ambienti una critica complessiva ». Traspare quindi l'attesa fiduciosa di una recensione da parte del Grabmann: « È perciò per me tanto più prezioso che lei intenda sottoporre il mio lavoro a una valutazione critica in una sede così accreditata ». Dunque, sembra ci

(20) «*Jetzt haben wir, statt Rickert, Husserl zum Kollegen. Seine Beurteilung und Ergänzung überlasse ich nun Geysler und Heidegger, während ich selber — Gottlob — zur dogmatischen Theologie zurückkehren darf*» (H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 97).

(21) «*Weder unter Rickert (...) noch unter Husserl (...) wurden Themen der mittelalterlichen Philosophie behandelt. Sie galt einfach als «Scholastik», die man nicht zu beachten brauchte*» H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 106).

sia stata da parte di Grabmann la promessa di una recensione alla apparizione del libro⁽²²⁾.

Ora, di là dall'apprezzamento con cui Grabmann poteva guardare al giudizio di Heidegger sullo studio concernente Külpe, l'invio di tale saggio poteva assumere il significato (che Heidegger sembra infatti cogliere) di promessa di un intervento critico pubblico. Tuttavia, se si pensa alla grande capacità di lettura di Grabmann, oltre che all'interesse evidente per il lavoro di Heidegger, si potrebbe supporre che, inviato a lettura avvenuta dell'« Habilitationsschrift » di Heidegger, l'estratto su Külpe finisca per sostituire piuttosto che annunciare la recensione in questione. Di fatto la recensione non vi sarà⁽²³⁾. Heidegger avrebbe tratto dal pronunciamento favorevole del medievalista ormai autorevole e illustre un sicuro vantaggio, in vista dell'attribuzione di una cattedra di « filosofia cristiana » a cui, come si è visto, aspirava⁽²⁴⁾. Nonostante le intenzioni espresse nella lettera a Grabmann, di continuare ad interessarsi di filosofia medievale (« Un lavoro che avevo iniziato, un confronto tra Tommaso e Scoto sui problemi logici, è stato interrotto dalla guerra »; « la sua gentile cartolina e una lettera del Baeumker sono per me lo stimolo più prezioso per ulteriori lavori nel campo della scolastica e della mi-

(22) « Bald nach Erscheinen des Bandes dürfte Martin Grabmann eine Besprechung zugesagt haben » (H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 98). Il libro ricevette undici recensioni tra il 1917 e il 1925 (*ib.*, p. 96).

(23) H. Köstler ritiene di poter fornire la seguente interpretazione: « Daß jeder vergleichende Bezug der angeblichen Scotus-Schrift zu dessen anderen Werken fehlt, daß die « Grammatica speculativa » aus allen geschichtlichen Zusammenhängen herausgenommen und auf sich selbst gestellt wird, wessen sich Heidegger ja vollkommen bewußt war, mußte Grabmann als methodisches Vorgehen fremd bleiben. Auch wenn er nicht einen anderen Verfasser für die « Grammatica speculativa » entdeckt hätte, und trotz seiner Anerkennung des hohen spekulativen Ranges der Arbeit Heideggers, konnte Grabmann die Methodenfrage nicht völlig bei einer Beurteilung ausklammern » (*Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 108).

(24) « Im Hinblick auf Heideggers damaliges Berufsziel hätte eine wohlwollende Besprechung durch einen allgemeinen anerkannten katholischen Mediävisten wie Grabmann große Bedeutung gewonnen » H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 106).

stica medievali »), Heidegger da parte sua vedrà, con l'approdo a Marburgo, esaurita la spinta pratica a lavorare sul medioevo (25).

Se mancano fonti documentarie che consentano di conoscere i motivi della mancata recensione (non certamente casuale) allo Scoto di Heidegger da parte di Grabmann, tuttavia è ben documentata l'impressione che suscitò nel Grabmann il lavoro del giovane filosofo di Friburgo. Le citazioni che Grabmann fa del libro di Heidegger contengono due motivi conduttori: da una parte c'è sempre una constatazione, un po' come una premessa — Heidegger, dice Grabmann, ritiene Duns Scoto autore della « Grammatica speculativa »; in tutti i casi egli non si pone il problema del suo autore, che è in realtà Tommaso di Erfurt —; dall'altra, le successive considerazioni sul pensiero di Heidegger sono sempre caratterizzate da un alto grado di apprezzamento e comunque di rispetto.

Tuttavia c'è una certa evoluzione nelle valutazioni di Grabmann (il quale, può essere qui ricordato, rimaneggia incessantemente i suoi scritti già pubblicati, anche a breve distanza di tempo (26). Già nei primi due scritti, entrambi del 1922, in cui egli parla del libro di Heidegger, l'opera riceve degli attributi che differiscono per qualche sfumatura: « dottissima opera (« in opere perdocto ») nel primo caso (27), « libro sagace », « Mono-

(25) « Das hinderte ihn aber nicht, in damals aufseherregender Weise Thomas von Aquin und Duns Scotus in seine Marburger Vorlesungen einzubringen » H. KÖSTLER, *Heidegger schreibt an Grabmann*, cit., p. 108).

(26) Tra i numerosissimi esempi si possono citare anche i due saggi apparsi con l'identico titolo *Die Entwicklung der mittelalterlichen Sprachlogik* in cui Grabmann prende posizione sul libro di Heidegger. Apparso il primo nel *Philosophisches Jahrbuch* 35 (1922), 121-135 e 199-214 col sottotitolo *Tractatus de modis significandi*, perde nel 1926 (*MAGL* I, 104-146) il sottotitolo e acquista l'annotazione « Der Vortrag erscheint hier in wesentlich erweiterter Form » (in effetti il saggio del 1922 dichiara di riprodurre la conferenza tenuta il 19 dicembre 1920 alla « Münchener Philologische Gesellschaft »).

(27) M. GRABMANN, *De Thoma Erfordiensis auctore grammaticae quae Ioanni Duns Scoto adscribitur speculativa*, in *Archivum Franciscanum Historicum* 15 (1922), p. 274: « Martinus Heidegger qui in opere perdocto *Grammaticam speculativam* explicat et cum modernorum philosophorum praeprimis E. Husserl confert, quaestionem et dubium de authenticitate movere praetermittit ». È necessario osservare che, così come suona, la

grafia estremamente penetrante » nel secondo⁽²⁸⁾. Solo nell'articolo in tedesco viene accettata la traduzione heideggeriana di « modi significandi » in « Bedeutungsformen »; inoltre, mentre in entrambi gli scritti viene rilevato che il quadro concettuale in cui il giovane filosofo si muove è quello di Husserl, solo nel *Philosophisches Jahrbuch* si sottolinea che il trattato attribuito a Scoto perde, nello studio di Heidegger, la sua caratteristica e, per così dire, i suoi connotati originari⁽²⁹⁾. Ma indubbiamente la conclusione dello studio evidenzia il fondo della posizione di Grabmann: il filosofo di Friburgo ha posto in termini moderni i problemi del trattato medievale, ha « rivestito l'ossatura del testo medievale della carne e del sangue vivi della filosofia contemporanea », quella della fenomenologia di Husserl e anche di Lotze⁽³⁰⁾.

frase latina risulta incomprensibile a meno di una qualche correzione. Si può facilmente arguire che il testo latino è una traduzione redazionale da un testo presumibilmente tedesco originale. L'articolo di cui si parla è il primo scritto in latino di Grabmann dopo il lontano articolo del 1898 sul *Divus Thomas* di Piacenza (*Doctrina S. Thomae de natura theologiae speculativae*). Successivamente gli scritti in latino si concretano intorno all'occasione del centenario della canonizzazione di Tommaso d'Aquino nel 1923 (cinque saggi tra il 1923 e il 1926) o alle sue nuove relazioni romane (cinque saggi tra il 1930 e il 1932, sette scritti dal 1937 al 1948). Eccetto uno, tutti questi saggi appaiono in pubblicazioni italiane (due sono solo relativi a occasioni italiane) e possono tracciare la via per la ricostruzione dei rapporti di Grabmann con la teologia romana, in particolare col tomismo italiano, — accanto agli scritti in italiano di Grabmann.

⁽²⁸⁾ M. GRABMANN, *Die Entwicklung der mittelalterlichen Sprachlogik*, cit., p. 124 e 134.

⁽²⁹⁾ « M. Heidegger hat den Gedankengang der bisher dem Duns Scotus zugeteilten Grammatica speculativa mit der Terminologie und der ganzen geistigen Einstellung Husserls wiedergegeben, so dass das mittelalterliche Original in seiner Eigenart und Struktur etwas zurücktritt » (*ib.*, p. 132).

⁽³⁰⁾ « Vor allem hat M. Heidegger in seiner schon früher erwähnten Monographie über die Kategorien- und Bedeutungslehre des Duns Scotus die von ihm als erstes Skotuswerk betrachtete Grammatica speculativa in moderne Beleuchtung gerückt, hat die in ihr entwickelten Gedankengänge mit sinneverwandten modernen Problemstellung in innige Fühlung gebracht und hat das Gerippe des mittelalterlichen Textes mit Fleisch und Blut lebendiger Gegenwartsphilosophie umkleidet. Besonders hat Heidegger

Nel 1943, in un saggio tipicamente accademico, Grabmann riprende con un'ottica rinnovata il problema della filosofia medievale del linguaggio⁽³¹⁾. Qui, a vent'anni di distanza, la valutazione diviene ancora più riassuntiva, ma appaiono connotazioni nuove, che spostano il giudizio sulla (in questo momento sottolineata) differenza tra indagine storica e filosofia tedesca contemporanea. Si noti: non solo (e non principalmente?) tra una « riflessione storico-genetica » e fenomenologia, ma tra quella e « la lingua e la terminologia di H. Lotze, E. Husserl, H. Rickert, E. Lask e W. Windelband »⁽³²⁾. Gli stessi nomi ritornano, invariati, nell'ultimo saggio, apparso postumo in *Mittelalterliches Geistesleben* (che pure riprende qualche annotazione dei primi scritti del 1922 sul nostro tema)⁽³³⁾. È eccessivo sottolineare che il nome di H. Lotze viene qui prima di quello di E. Husserl?

es verstanden und vermocht, den mittelalterlichen Autor in die Formen der Philosophie Husserls, in die Terminologie der Phänomenologie einzufügen. Er kann auch Texte aus Lotze anführen, die « man eine verdeutlichende Uebersetzung der kurzen Sätze des Duns Scotus nennen könnte ». Es liegt nicht in der Absicht dieser literarhistorischen und philosophiegeschichtlichen Darlegungen gewidmeten Abhandlung, diesen Gegenüber- und Zusammenstellungen Heideggers näher nachzugehen oder gar dieselben durch die Bearbeitung der anderen Summae de modis significandi zu erweitern, ebensowenig wie hier zu der Frage über die Berechtigung einer logischen Grammatik Stellung genommen werden kann. Jedenfalls wird eine weitere inhaltliche und problemgeschichtliche Untersuchung und Würdigung der mittelalterlichen Sprachphilosophie und Sprachlogik, vor allem der Summae de modis significandi unsere Erkenntnis der « scholastischen Züge im modernen Denken und der modernen Züge im scholastischen Denken » bereichern und vertiefen » (*ib.*, p. 213).

⁽³¹⁾ Si può rilevare che Grabmann parla preferibilmente di « Sprachlogik », anche se usa nondimeno il termine « Sprachphilosophie ». Questo vocabolo appare anche nel titolo solo nel suo ultimo breve saggio dedicato al problema: *Die geschichtliche Entwicklung der mittelalterlichen Sprachphilosophie und Sprachlogik. Ein Überblick*, in *MAGL* III, 1956, 243-253.

⁽³²⁾ Heidegger « hat dabei grundsätzlich auf die historisch-genetische Betrachtungsweise verzichtet und die Texte und Gedankengänge in die Sprache und Terminologie von H. Lotze, E. Husserl, H. Rickert, E. Lask und W. Windelband übertragen » (M. GRABMANN, *Thomas von Erfurt und die Sprachlogik des mittelalterlichen Aristotelismus*, in *Sitzungsb. der Bayer. Ak. der Wissensch. Philosophisch-historische Abt.*, 1943, H. 2, p. 17).

⁽³³⁾ M. GRABMANN, *Die geschichtliche Entwicklung ...*, cit., p. 249.

Sarà sufficiente un sondaggio su pochi testi di Grabmann per rendere del tutto evidenti i motivi di profondo interesse che aveva suscitato nello storico bavarese l'opera di E. Husserl. Grabmann salutava il fondatore della fenomenologia, con le parole di O. Külpe, come « uno dei più eminenti testimoni dell'indipendenza del pensiero »⁽³⁴⁾, anche se non si nascondeva che, come si è visto, un collegamento tra il pensiero di Husserl e il medioevo poteva avvenire solo sul piano delle dottrine logiche. Tuttavia le speranze che Grabmann riponeva in Husserl vengono presto allo scoperto: il progetto che le *Logische Untersuchungen* contengono, di fondare una « Grammatica a priori » contro la grammatica basata sulla psicologia e sulle altre scienze sperimentali, autorizza Grabmann a pensare che Husserl si muove in direzione di una « grammatica speculativa » che si spinge — ben oltre la logica di Port-Royal — sino alla logica medievale⁽³⁵⁾.

Sono speranze che devono essere state, nel volger di un periodo di tempo non brevissimo, sicuramente ridimensionate, se nel 1936, parlando un po' accidentalmente di Heidegger⁽³⁶⁾ (un testo che H. Köstler ha trascurato), Grabmann si rifà al meno problematico Rickert — mediato da Heidegger — in un testo che fa apparire il fondo delle sue preoccupazioni: le forme logiche, — i significati — non possono esprimere adeguatamente la

⁽³⁴⁾ Cf. n. 16.

⁽³⁵⁾ « Besonders aber tritt Edmund Husserl sowohl im zweiten Bande seiner Logischen Untersuchungen wie auch in seinen Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie für die Berechtigung einer allgemeinen, reinen, oder, wie er in der zweiten Auflage seiner Logischen Untersuchungen sich ausdrückt, reinlogischen, einer apriorischen Grammatik ein (...). Wenn Husserl hier von einer alten Idee einer apriorischen Grammatik spricht, so können wir dieses Alter weit über die Logik von Port-Royal zurück ausdehnen und gerade im Mittelalter eine ausgedehnte systematische Pflege der spekulativen Grammatik, der Bedeutungslehre und Sprachlogik nachweisen » (M. GRABMANN, *Die Entwicklung der mittelalterlichen Sprachlogik*, cit., p. 122).

⁽³⁶⁾ Grabmann cita Heidegger quando dice: « Der Grammaticus, der Sprachlogischer hat es mit der "Formenlehre der Bedeutungen" zu tun » (M. GRABMANN, *Einzelgestalten aus der mittelalterlichen Dominikaner- und Tomistentheologie*, in *MAGL* II, 1936, p. 523).

realtà o, come dice Rickert, « i significati non raggiungono l'immensa varietà dell'immediatamente dato »⁽³⁷⁾.

Come si vede, Grabmann ha abdicato al tentativo di proseguire nel cammino che l'avrebbe condotto direttamente al nuovo nominalismo della filosofia analitica del linguaggio (non è senza significato che la massima parte delle ricerche del medievalista tedesco si sia rivolta agli autori dei secoli XII e XIII). La discussione col « realismo critico » di O. Külpe è, al contrario, una disputa tra compagni di strada. Non casualmente, nella sua lettura delle « Ricerche logiche » di Husserl, Grabmann non omette di rilevare la differenza terminologica sopraggiunta nella 2^a edizione: mentre la 1^a parla di una grammatica « pura » (« reine ») nella seconda si dice « pura dal punto di vista logico » (« reinlogische »). In questa sottolineatura si indovina il timore che dalla filosofia del linguaggio la « purezza » passi ad indicare la filosofia senza aggettivi, con la rottura definitiva che ciò avrebbe comportato col mondo medievale e quindi con quello neoscolastico.

Che posto occupa la traduzione che dà Heidegger del medioevo nel quadro delle riflessioni del Grabmann? Dovette cogliere lo storico bavarese che seguire Heidegger avrebbe significato incamminarsi su degli « Holzwege », — prendere delle strade senza sbocco? Può essere qui, forse, ricordato che, dopo la seconda guerra mondiale Grabmann, che come si è visto, venne privato dai nazisti nel 1939 della sua cattedra a Monaco (e ancora prima di lui, nel 1933, il polacco Hermann Kantorowicz aveva perso la sua di storico del diritto), poté dare un giudizio definitivo sul rapporto di Heidegger col regime nazionalsocialista. In tutti i casi, le aspettative destinate dall'intervento di Heidegger nel campo della filosofia medievale sembrano aver mantenuto co-

(37) « Der physicus, der Realphilosoph (...) verwendet die Worte, die Sprachzeichen, um die Sachverhalte auszudrücken. Es zeigt sich nun, daß die Sprachzeichen nicht ausreichen, um die ganze Fülle der Realitäten auszudrücken. Ars non coaequat naturam, die in der Grammatik ausgebildeten Bedeutungsformen können nicht die ganze Mannigfaltigkeit des Seienden in adäquater Weise ausdrücken. Es ist dies die mittelalterliche Formulierung des modernen, besonders von Rickert scharf herausgearbeiteten Gedankens, « daß die Wortbedeutungen die unübersehbare Mannigfaltigkeit des unmittelbar Gegebenen nicht errichten » (*ib.*, p. 523).

stantemente in Grabmann il carattere di una speranza mai giunta a compimento⁽³⁸⁾.

È indubbio tuttavia che Grabmann annettesse una qualche importanza al giudizio che Heidegger avrebbe potuto esprimere intorno al saggio su Külpe. La lettera del 17 gennaio 1917 rispose probabilmente alle aspettative del medievalista. Il filosofo di Friburgo vi afferma due opinioni la cui importanza non dovette sfuggire al Grabmann: Külpe, in primo luogo, non si distacca metodologicamente dal piano delle scienze naturali e quindi è filosoficamente inadeguato; la scolastica, d'altro canto, pone al contrario il problema al necessario livello teoretico: « Ho l'impressione che il Külpe con tutto il pregio dei suoi lavori filosofici non sia uscito dalla sua posizione naturalistica (*naturwissenschaftliche*); così che si può affermare tranquillamente che la trattazione che la scolastica fa del problema è molto più vicina al nocciolo del problema stesso di quanto non lo sia il sistema moderno di Külpe, che procede con mezzi più empirici e tuttavia inadeguati (...) il valore della teoria scolastica della conoscenza si basa per l'appunto sul fatto di procedere non naturalisticamente bensì teoreticamente ».

Forse ben più che l'apprezzamento con cui Heidegger aveva guardato alla *Geschichte der Scholastischen Methode* (la « sua pregevolissima opera ») e l'attesa con cui egli seguì il progetto mai realizzatosi del terzo volume (« Al professor Krebs (...) ho espresso più volte il rincrescimento di non avere ancora potuto servirvi del terzo volume della sua Storia del metodo scolastico »), a Grabmann dovettero venire in mente le affermazioni di Heidegger su Külpe quando, rispondendo a Kantorowicz a cinque

(38) M. Dal Pra ritiene che « il Grabmann ha ben compreso che il ricco sviluppo storico della logica medievale rappresentava uno dei filoni più originali della riflessione di quell'età, per non dire dell'influsso da essa esercitato sulla stessa concezione rigorosa della conoscenza e sul metodo stesso della ricerca scientifica, anche quando si trattava di applicarla non tanto a dei contenuti mondani, quanto allo stesso patrimonio della tradizione religiosa cristiana o, meglio, alla sua sistemazione dottrinale-teologica » (M. DAL PRA, *Presentazione* alla traduzione italiana della *Geschichte der scholastischen Methode*: M. GRABMANN, *Storia del metodo scolastico*, 2 voll., Firenze, 1980, p. XIII).

anni di distanza disse: « Né ho mai evitato i problemi della filosofia moderna, vale a dire della teoria della conoscenza. Sarà sufficiente citare il mio studio *Der kritische Realismus Oswald Külpes und der Standpunkt der aristotelisch-scholastischen Philosophie (...)* ». Dopo aver citato altre due proprie opere conclude: « Il Kantorowicz, che sembra conoscere solo la mia Storia del metodo scolastico e crede di avere a che fare esclusivamente con uno storico della teologia e un ricercatore di manoscritti, avrebbe potuto risparmiarmi questo indottrinamento sui problemi di teoria della conoscenza che il nostro tema comporta ».

Se la difesa era, come si vede, senza mezzi termini, l'attacco non era stato da meno: « Il fatto è — scrive Kantorowicz — che si sarebbero dovuti vedere i problemi di teoria della conoscenza! Poiché se non è sufficiente essere degli storici per occuparsi di storia del diritto — per questo scopo occorre essere e in primo luogo dei giuristi — altrettanto poco basta l'addestramento storico (in questo caso storico-teologico) per occuparsi di storia del metodo: qui si tratta ancora una volta e in primo luogo essenzialmente della posizione del problema e della sua determinazione dal punto di vista della teoria della conoscenza ».

Ma chiediamoci: come suona la recensione di Kantorowicz nel suo insieme? Si ha l'impressione che essa oltre, e forse anche prima, che dal movente scientifico sia condotta da una sorta di fastidio, e di irritazione, quasi di un disdegno, che rischiano di tradursi in una affrettata requisitoria, dove l'ironia non benevola, il puntiglio, il distacco sprezzante (ha ragione il Grabmann: « i miei studi da lui trattati con tanto disprezzo »; « giudizio sprezzante e demolitore ») fanno passare in secondo piano la posta in gioco scientifica. Se pure non manca anche un equanime riconoscimento del merito dell'opera (« se ci si limita a guardare ai risultati certi che Grabmann ottiene, allora si dovrà riconoscere l'opera quale monumento di impegno e di vasta dottrina tedeschi ») tuttavia la critica che il Kantorowicz oppone nella sostanza suona come una « fin de non recevoir ».

I motivi, sia quelli che appaiono piuttosto sullo sfondo che quelli più manifesti, sono tutt'altro che secondari. Già l'apparizione della recensione dopo 12 e 10 anni dalla pubblicazione dei due volumi della *Geschichte* (che il Grabmann fa ovviamente ri-

saltare) fa indovinare come dei conti in sospeso. Sfiolata appena da una frase, compare (inevitabile?) la questione sul modernismo: Kantorowicz osserva del tutto sbrigativamente che Grabmann non poteva riuscire a porsi in una prospettiva che invece è quella di « Harnack, Loofs, Seeberg, Windelband e altri ». Più ricorrente, anche se mai esplicitata, la posizione, sostanzialmente negativa, nei confronti della neoscolastica e, ben più profondamente, contro una qualunque ipotesi di autonomia del discorso teologico nel campo della conoscenza scientifica. Scolpita al contrario a tutto tondo l'opposizione dello storico del diritto alla pretesa di dare cittadinanza ad un tentativo apologetico — quale egli lo giudica — della fede cristiana, per quanto paludato delle nobili vesti del più aureo medioevo teologico.

La risposta di Grabmann è senza incertezze; spesso sferzante nella forma, categorica nella sostanza. L'esordio non lascia dubbi: l'autore della recensione « è privo della competenza scientifica sulle fonti, sui metodi e sui compiti della storia della filosofia e della teologia medievali senza che egli sembri esserne conscio ». Seguono altre affermazioni dall'identico tono: il recensore « si è avventurato su un terreno di ricerca scientifica i cui metodi e la cui letteratura fondamentale sono per lui una terra incognita »; « sarebbe lecito attendersi che un recensore, prima di attaccare in questo modo un'opera scientifica seria, debba un po' pensarci prima e riflettere su ciò che egli crede di dover criticare. A soddisfare questa elementare esigenza di impegno e di ponderazione scientifici il K. ha avuto ben dodici interi anni » — e così via. Ma le argomentazioni del medievalista bavarese quasi sorprendono, al contrario, per l'esemplare cura dell'esattezza e dell'obiettività. Egli non evita mai la difficoltà: la affronta nella sua vera portata, ne vede i differenti aspetti, oppone le sue deduzioni — in ogni caso non lascia alcun dubbio sulla direzione del proprio pensiero.

Il cuore della discussione sembra pulsare — e, occorre aggiungere, stranamente — intorno al problema, più volte da entrambi invocato, di « teoria della conoscenza ». Grabmann controbatte con un certo fastidio, come supponendo un equivoco da parte del suo obiettore (« il Kantorowicz, che (...) crede di avere a che fare esclusivamente con uno storico della teologia e un ri-

cercatore di manoscritti, avrebbe potuto risparmiarmi questo indottrinamento sul problema di teoria della conoscenza... »); poi (cadendo, a quanto pare, nell'unica debolezza della sua lunga risposta) ritorce l'obiezione in modo alquanto formale, infine, cogliendo in pieno il bersaglio inteso dal suo contraddittore, opera un distinguo che gli consente di dare, come vedremo, un chiarimento che risulta fondamentale nell'economia della discussione. Come si è visto il Kantorowicz diceva: « (...) altrettanto poco basta l'addestramento storico (...) per occuparsi di storia del metodo: qui si tratta ancora una volta e in primo luogo essenzialmente della posizione del problema e della sua determinazione dal punto di vista della teoria della conoscenza. Ma il Grabmann non era all'altezza di affrontare questo aspetto del problema ». Per il Kantorowicz è chiaro che l'opera del Grabmann, nonostante i suoi meriti, ha fallito il suo principale intento; se pure è riuscita ad acquisire dei risultati sul piano della ricerca storica, essa non è tuttavia una *storia* del metodo. Non è una storia perché essa manifesta una inadeguata concezione del proprio oggetto, che è il metodo; e il problema del metodo è la sostanza stessa dell'inquisizione filosofica. Una storia del metodo che non abbia una conoscenza filosofica del proprio oggetto, ossia che non si attesti sul piano della teoria della conoscenza, fallisce il proprio intento mirante alla conoscenza storica. La storia del metodo si fonda sulla teoria della conoscenza. Il parallelismo con la storia del diritto rende inequivocabile la posizione del Kantorowicz: non basta essere storici per fare storia del diritto, « occorre essere e in primo luogo » giuristi. Dunque, l'attività dello storico è fondata sugli specialismi originati dalla specialità dell'oggetto: storia del diritto è una storia fondata su una teoria del diritto, storia del metodo è una storia fondata su una teoria della conoscenza.

Tuttavia il senso ultimo delle affermazioni del Kantorowicz non risiede in queste asserzioni, concernenti la definizione dell'attività dello storico come attività dotata di conoscenza teorica del proprio oggetto.

Il quadro generale del neokantismo, dominante nel pensiero filosofico-giuridico tedesco almeno nei primi due decenni del secolo, nel quale la discussione del Kantorowicz si muove, consente un approfondimento.

Agli inizi del secolo, nella cultura di lingua tedesca la reazione al positivismo si concentra nell'attribuzione di una posizione filosoficamente decisiva al problema del metodo. Cessare di far dipendere la definizione del sapere dalla pura rilevazione dei fatti (empirici, sociali, storici ...) significò riferire questa definizione non più al suo contenuto bensì alla sua forma: il pensiero coincideva con l'indagine della sua forma logica⁽³⁹⁾. A soccorrere un simile intento veniva incontro non più Hegel, bensì il patrimonio kantiano. Heinrich Rickert fu tra gli alferi di un tale non certamente meccanico ma sufficientemente fedele ritorno a Kant. Ecco dunque che il problema del metodo delle scienze veniva a coincidere con la teoria della conoscenza e questa con la filosofia stessa. Si può supporre che l'interessamento così tardivo di H. Kantorowicz alla « Storia del metodo scolastico » di M. Grabmann testimoni nell'autore del fondamentale « *Albertus Gandinus and das Strafrecht der Scholastik* » la coscienza di giocare una partita filosoficamente decisiva, sicuramente non dipendente dalla stretta attualità dei testi!

I due interlocutori della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* sono certamente d'accordo in questo: si tratta, come dice il Grabmann, di portarsi sul « terreno della filosofia, ossia della teoria della conoscenza ». È questa l'assise, per entrambi, in cui si svolge il processo di accreditamento dei propri documenti di identità di storici. È il terreno comune in cui si muovono, dopo Rickert, filosofi, giuristi, storici. H. Kelsen promuove la sua « dottrina pura del diritto »⁽⁴⁰⁾, E. Husserl lancia il suo programma per

⁽³⁹⁾ Un problema che sembra riproporsi in alcuni autori o correnti contemporanei. Per citare solo un nome, si può fare quello di Giorgio Agamben, il quale ha orientato le sue ricerche all'idea guida di una scoperta della « forma del pensiero ». Naturalmente, poiché l'approdo è — a differenza del neokantismo — non al metodo bensì al linguaggio, l'itinerario è segnato dal passaggio attraverso le opere di Nietzsche e Heidegger e, ovviamente, la filosofia analitica.

⁽⁴⁰⁾ Una chiarificazione definitiva di questo aspetto del pensiero di Kelsen non è ancora avvenuta. Fra i pressoché innumerevoli esempi possibili, se da una parte uno storico di ambito tedesco come K. Larenz può affermare che Kelsen « rappresenta il più grandioso tentativo, che abbia conosciuto il nostro secolo, di una fondazione della scienza giuridica come scienza — beninteso ancor sempre sul terreno e nei limiti della concezione

« una fenomenologia *pura* e una filosofia fenomenologica ». Il solo giovane M. Heidegger sembra iniziare a muovere i propri dubbi (« Ma prima vorrei arrivare a possedere una sufficiente certezza nelle questioni sistematiche, cosa che significa procedere *dal di dentro* ad una discussione della filosofia dei valori e della fenomenologia », dice la lettera a Grabmann).

Che significato ha, in definitiva, il ricorso alla filosofia di due storici come H. Kantorowicz e M. Grabmann? Si sarebbe tentati a prima vista di parlare di « filosofia implicita » nel senso di L. Althusser⁽⁴¹⁾ — una filosofia alquanto maldestra da risultare piuttosto d'impiccio che d'aiuto al mestiere di storico. Ma a ben guardare in realtà i due storici fanno coincidere esattamente la propria opera storiografica con la propria idea di un sapere: non c'è sapere senza che esso sia critico, ossia filosofico e non c'è storia senza sapere. Dunque, per lo storico del diritto Kantorowicz la ricerca storica realizza un'idea del diritto, per lo storico del pensiero medievale Grabmann la storia ha una finalità filosofica, comprendere la grande fioritura medievale dei maestri scolastici.

Ma da qui iniziano, subito, anche le differenze. La risposta, dunque, di Grabmann all'obiezione più radicale del suo interlocutore è totalmente chiarificatrice: « O il Kantorowicz è del parere che avrei dovuto fare violenza alla scolastica, la quale, nata da un ben diverso spirito, male si adatterebbe ad uno dei sistemi moderni di teoria della conoscenza? Nel pensiero scolastico il contrasto di agostinismo e aristotelismo nel XIII secolo rappresenta una grande cesura di teoria della conoscenza — ma il problema andava di là dalla cronologia dei primi due volumi ».

Questa affermazione pone allo scoperto, per così dire, il sistema nervoso delle due concezioni in conflitto. La risposta di

positivista della scienza » (K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960 - trad. it. di S. VENTURA, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 96), dall'altro canto M. Losano ritiene di poter individuare nel pensiero del Kelsen sia « premesse idealistiche » che « principi metodologici di origine genericamente neokantiana » (M. LOSANO, Saggio introduttivo a *La dottrina pura del diritto* di H. Kelsen, 3^a ed., Torino, 1975, pp. XXXI e XXIX rispettivamente).

(41) L. ALTHUSSER, *Philosophie et philosophie implicite des savants*, Paris, 1975.

Grabmann è vincente? Con la sensibilità storica dei contemporanei si dovrebbe dire di sì. Il Grabmann è convinto del fatto che il modello neokantiano applicato alla scolastica produce non una comprensione bensì dei controsensi *storici*; per uno *storico*, egli pensa, la teoria della conoscenza è, un po' paradossalmente, più un problema storico che filosofico: andate a vedere quale significato filosofico acquista la grande battaglia *storica* tra agostinismo e aristotelismo⁽⁴²⁾. Identico valore ha la precisazione che Grabmann apporta affrontando il suo recensore sul terreno più specifico del problema di una definizione del metodo scolastico (v. punto 7): l'obiezione circa l'adeguatezza della definizione stessa (« troppo larga » e, insieme, « troppo stretta ») cessa di avere un fondamento appena ci si ponga sul terreno dei fatti storici, la cui eterogeneità rende necessario procedere per via di ipotesi, così che si salvi la complessità del dato.

Il punto, forse più alto, certamente più eloquente della polemica viene raggiunto in verità quando, davanti ai due volumi della *Geschichte*, il recensore esprime una presa di posizione complessiva e definitiva; per lui essa è « una storia letteraria acerba, che si occupa primariamente dei singoli libri, secondariamente di singoli autori, ma accenna appena allo sfondo storico (...). Anche

(42) Uno storico come M.-D. Chenu ritiene tale « cesura » così significativa, da porla come chiave di volta su cui si regge l'architettura dell'etica medievale. A proposito delle condanne a cui fu sottoposta da parte dei contemporanei l'antropologia di Tommaso d'Aquino (Parigi e Canterbury 1277, Oxford 1284 e 1286) Chenu scrive: « Le noeud de l'anthropologie aristotélicienne était précisément la théorie de l'unité de la forme substantielle, violemment contrastée avec la position traditionnelle d'un dualisme corps et âme, procédant de saint Augustin, et de fait très propice à un certain spiritualisme chrétien, qui sévira jusqu'à nos jours. Thomas d'Aquin, malgré toutes les réabilitations ne se remettra jamais de cet échec (...). Ainsi donc est impliquée, en sous-oeuvre, la thèse de la consubstantialité du corps et de l'esprit, des sensibilités et de la raison, de par l'unité de « forme » comme principe opératif. C'est précisément au cours des années 1270, à l'heure des plus vives polémiques sur cette unité de l'homme, que Thomas tint ces disputes à l'université sur la qualité vertueuse des passions. Significative conséquence de son refus du " spiritualisme " augustinien. Mais cette morale des passions n'a pas eu plus de succès chez les chrétiens que son anthropologie » (M.-D. CHENU, *Les passions vertueuses. L'anthropologie de saint Thomas*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 72 (1974), pp. 12, 17).

dove presenta delle considerazioni « generali » egli si perde sempre, di nuovo, nei dettagli, soprattutto quando, trattando di storia delle fonti, si occupa di materiale inedito, il cui significato fortemente sopravvaluta (...); poiché per la storia del metodo ogni cosa essenziale può essere tratta dalle opere principali stampate delle varie epoche ». L'affermazione del Kantorowicz è gravissima. Posto davanti al problema della autocoscienza del proprio lavoro di storico, M. Grabmann risponde con due citazioni, l'una di H. Denifle, l'altra di F. Ehrle. La prima dice: « Si serve molto meglio la scienza storica ponendosi semplicemente sul terreno dei fatti, conquistando questo terreno un passo dietro l'altro e rendendo sicura tale conquista piuttosto che, collocatisi in un punto di osservazione il più elevato possibile, lasciare vagare lo sguardo su un panorama vastissimo di popoli e secoli ». La seconda afferma: « Vale in misura ancora maggiore per il XIV e il XV secolo ciò che sin dal 1883 dovetti constatare a proposito della seconda scolastica: che non più di un quarto o un quinto degli autori che si conoscono è stampato, non solo, ma inoltre con una scelta spesso determinata dal caso ».

Si noti, Kantorowicz pone opportunamente la questione di uno « sfondo storico » nel quale fare risaltare la costituzione e le trasformazioni della scolastica. Ma sia la sottovalutazione della ricerca delle fonti inedite (sorprendente in uno storico del diritto medievale)⁽⁴³⁾, sia l'elevazione al rango di principio di una delle più

(43) Il problema delle edizioni dei testi giuridici medievali è stato posto in modo esemplare da I. Mereu: « Tutte le opere medievali, delle quali si discute e si parla oggi, dalla Glossa (civile e canonica) a Bartolo, a Baldo, a Giason del Maino, ad Alberico da Rosate, a Bartolomeo da Saliceto, ad Andrea d'Isernia, a Luca da Penne, ad Angelo Gambiglioni, a Francesco Accolti, a Bartolomeo Cipolla, a Giovanni d'Andrea, a Niccolò de' Tedeschi, a Francesco Zabarella, a Pietro d'Ancharano, ad Antonio da Budrio, a Giovanni d'Anagni, ad Andrea Barbazza, ecc. sono opere stampate nel '500; opere scelte, selezionate, presentate secondo la tecnica del '500; con gli *indici analitici* (questa forma embrionale di giuscibernetica) e con le *additiones* fatte nel '500 e per gli uomini del '500 dai giuristi del '500. (Noi parliamo della Glossa come Glossa d'Accursio. Ma a sfogiarla, a vedere i sommari, a leggere gli indici ci si accorge come sia stata composta in funzione dell'uso a cui nel '500 era destinata; e le glosse di Bartolo e di Baldo sono affiancate a quelle del Saliceto, ecc. a quelle cioè di giuristi

precarie condizioni del lavoro storico (il valore delle fonti edite) fanno apparire in una luce straordinariamente nitida i riferimenti fondamentali del pensiero storico del Kantorowicz. Il « *combat pour l'histoire* » — per usare l'espressione con cui si intitola la celebre collezione di saggi dei fondatori delle « *Annales* » — dello storico polacco appare essere piuttosto la battaglia per una filosofia della storia; o meglio, per una visione etica, sia pure di un'etica della conoscenza, alla quale la storia offre le sue complesse ed empiriche ragioni di validità. Infatti la prospettiva neokantiana del conoscere quale viene intesa dal Kantorowicz non solo precede ed orienta ma soprattutto condiziona intrinsecamente la ricerca dello storico. Le condizioni strutturali della ricerca storica vengono ad essere, alla fine, negate: non i fatti e i loro documenti conducono alla lettura che si fa storia di questi stessi fatti e documenti, ma la filosofia indica quali di questi fatti e documenti possano diventare oggetto di storia. In Kantorowicz storico del diritto tale filosofia è una filosofia essenzialmente giuridica e sociale, ossia una filosofia che si muove con le categorie del politico ed entro le ragioni del potere esistente; ed essendo quella tedesca una lunga tradizione di storia giuridica, essa tendeva, soprattutto nel quadro di una filosofia dalle forti connotazioni etiche, ad essere conservatrice nei confronti dell'assetto storico-sociale.

Non che d'altro canto gli orientamenti filosofici del Grabmann fossero ininfluenti sulla sua ricerca storica. La sua è certamente, come si è accennato, una battaglia per il medioevo — il medioevo dei teologi soprattutto, meno dei filosofi e ancora meno degli scienziati, degli artisti, ecc. Egli mira ad una affermazione

che « glossatori » non sono) (...). Il Rinascimento ebbe una *propria idea*, e una propria immagine dei giuristi del Medioevo; stabilì una propria graduatoria, e un proprio modo di giudicare questo o quel giurista, e ce lo ha dimostrato stampandone le opere o attribuendo a questo o quel nome « mitizzato » opere che potevano essere valide in se stesse ma avevano bisogno di un tramite autorevole per essere imposte. Il '500, cioè, ci ha lasciato una propria immagine di quello che considerava il Medioevo giuridico: il Medioevo giuridico del '500 ». In particolare, per quanto concerne il diritto penale, « uno studio sul concetto di *culpa* = *colpevolezza* nel Medioevo andrebbe condotta *esclusivamente* sulle fonti giuridiche manoscritte » (I. MEREU, *Culpa* = *colpevolezza*. *Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Bologna, 1973, pp. 54-56).

della neoscolastica, auspicata da Leone XIII e aspira ad una filosofia orientata metafisicamente e che consenta l'incontro del pensiero cristiano con alcuni momenti — non tutti, ma alcuni — del pensiero moderno. Con tutta onestà egli lo dichiarava⁽⁴⁴⁾. La natura stessa di questi interessi gli detta le strade della sua ricerca storica. Perciò, pur comunicando con la filosofia che lui medievalista chiama moderna, ritiene che alla comprensione dei teologi medievali non soccorra una filosofia che nasce da condizioni storiche del tutto differenti da quelle che hanno generato la scolastica. Nonostante l'attenzione dedicatagli, Grabmann non credette di potersi avviare nel cammino intrapreso da Heidegger.

Tali scelte, tuttavia, posero nello stesso tempo il medievalista bavarese nelle migliori condizioni per svolgere la propria opera di storico. Se è consentito usare un'analogia (o piuttosto un modello, che può essere applicato non impropriamente al pensiero del Grabmann), come in Tommaso d'Aquino la gerarchia tra « lex aeterna », « lex naturalis » e « lex positiva » non impedì che nel sistema teologico un sistema di diritto positivo venisse all'esistenza acquistando lo spazio ad esso necessario per assumere l'esperienza giuridica concreta, così nel Grabmann l'eser-

(44) Per citare solo due tra i moltissimi esempi possibili, si può ricordare come il saggio su Kùlpe manifesti un certo interesse verso la proposta di una « induktive Metaphysik » concepita dal professore di Bonn; mentre sin dagli inizi delle sue lunghe ricerche sull'Aristotele latino egli non esita a dichiarare: « Comme les commentaires de l'Aquinat manifestent une juste conception et une profonde pénétration des oeuvres du Stagirite, ils sont aussi appelés à réaliser, entre la philosophie néo-scolastique et les courants aristotéliciens de la philosophie moderne, un rapprochement » (M. GRABMANN, *Les commentaires de saint Thomas d'Aquin sur les ouvrages d'Aristote*, in *Annales de l'Institut supérieur de Philosophie*, Louvain, Inst. sup. de Phil., 1914, p. 280). Si può anche rilevare che questa affermazione resta quasi immutata nel testo che Grabmann pubblica, con lo stesso titolo ma profondamente rimaneggiato, nel I volume di *Mittelalterliches Geistesleben* — dove l'ultima frase diventa: « diese Aristoteleskommentare sind weiterhin für das Verständnis und die Durchdringung des aristotelischen Schrifttums selbst beachtenswert und wertbar und sind gerade hierdurch geeignet, zwischen neuscholastiker Philosophie und den aristotelischen Richtungen der modernen Philosophie eine Annäherung, ein gegenseitiges Sichkennen und Sichverstehen zu erzielen » (M. GRABMANN, *Die Aristoteleskommentare des heiligen Thomas von Aquin*, in *MAGL*, I, 1926, p. 306-307).

cizio storico non sembrò subire significative limitazioni delle scelte filosofiche che pure lo orientavano.

Una ragione di ciò è relativa al posto che Grabmann occupa nella storia della creazione della neoscolastica e del neotomismo (una storia che resta ancora da scrivere). Discepolo di Heinrich Denifle, egli si pone a seguirne il programma, lanciato come un manifesto nello studio del 1883 *Das Studium der Handschriften der mittelalterlichen Scholastik mit besonderer Berücksichtigung der Schule des heiligen Bonaventura*. Quando da parte sua Pierre Mandonnet inizia nel 1909-10 sulla « Revue Thomiste » la propria ricerca sull'autenticità delle opere tomistiche, Grabmann si trova a rappresentare l'antitesi dello storico francese. Lo studio del 1915 *Über Wert und Methode des Studiums der scholastischen Handschriften* ripropone fin dal titolo il programma di Denifle (non a caso Grabmann cita entrambi gli scritti al Kantorowicz), mentre con la prima edizione del grande studio *Die echten Schriften des hl. Thomas von Aquin* egli risponde nel 1920 alle tesi del Mandonnet. Orbene, ciò che opponeva lo storico tedesco al collega francese era per l'appunto il primato assoluto dato dal Grabmann alla ricerca delle fonti manoscritte: per lui la storia non poteva sorgere se non dall'accumularsi dei documenti⁽⁴⁵⁾. Questa fondamentale scelta iniziale e il continuo scambio di discussioni (che indubbiamente l'ambito internazionale della neoscolastica favoriva) con una controparte scientifica che, tutto sommato, poteva contare sulla lezione storica di Jules Michelet (e che provava a confrontarsi con l'impero metodologico stabilito da C. V. Langlois e C. Seignobos), consentirono al Grabmann di sfuggire a qualsiasi forma di rigidità teorica e quindi a rendere

(45) F. Van Steenberghen, che pure si trovò in una sostanziale opposizione al Grabmann nell'interpretazione del significato dell'averroismo in quelle che furono le maggiori lotte dottrinali di tutto il medioevo (che condussero alla condanna delle tesi « averroiste » a Parigi il 7 marzo 1277), riconosce che Grabmann « avait acquis une connaissance tout à fait exceptionnelle de la littérature manuscrite du moyen âge. Il savait exploiter ses trouvailles. Servi par la santé robuste d'un solide paysan bavarois, il travaillait dans la plus parfaite sérénité, avec une endurance et une persévérance qui ne se sont jamais démenties » (F. VAN STEENBERGHEN, *Introduction à l'étude de la philosophie médiévale*, Louvain-Paris, 1974, p. 513).

pressoché innocue per il suo lavoro di storico le possibili ipoteche del proprio credo filosofico.

L'attività di storico di M. Grabmann, per quanto non esente da critiche⁽⁴⁶⁾, si situa dunque nell'alveo di quelle concezioni

(46) Già L. Ott, biografo di Grabmann e curatore del III volume di *Mittelalterliches Geistesleben*, nelle note aggiuntive a questo volume postumo delle opere di Grabmann (apprestate al fine di completare l'apparato di note lasciato dallo stesso storico bavarese) interviene con degli intenti che non hanno un semplice carattere integrativo.

Dagli ambienti romani gli vennero a volte degli appunti assai critici; si veda per es. la recensione di S. AXTERS sul *Bulletin thomiste*, t. VI (1940-1942), 63-66 (« M.G., qui semble ignorer le travail de Destrez »; « M.G. ne souffle-t-il mot de la difficulté ... » « sans produire de nouveaux arguments, M.G. se range de leur avis » ecc.). C'è, in questo scritto, tra le altre cose, l'intenzione di prendere partito in favore delle scelte dei primi Editori leonini delle opere di Tommaso d'Aquino (una storia ancora tutta da scrivere). Un motivo, questo, che anima anche l'ironia di P. Engelbert quando scrive: « Über die Methode der Editores Leonini in früheren Jahrzehnten (...) nach Grabmann (...) mit das Tiefgründigste und Lehrreichste ' was auf diesem Gebiet je geschrieben worden ist ' », o quando non si lascia sfuggire l'occasione di rimarcare che « selbst einem so hervorragenden Kenner der Überlieferung der Thomaswerke wie M. Grabmann scheint der Kodex verborgen geblieben zu sein (...) Jedenfalls nennt er sie nicht in seinem Buch ... » (P. ENGELBERT, *Eine Schule der Textkritik*, in *Theologie und Philosophie* 45 (1970), nn. 18, 23).

Anche l'ambiente francese di Le Saulchoir (eredi di Mandonnet?) ha manifestato una certa insoddisfazione nei confronti del metodo grabmanniano — da rilevare, per quanto circoscritta al tema in esame, la sensazionale affermazione: « M. Grabmann, toutefois, s'est voulu plus nuancé, mais faute d'une méthode historique (sottolineatura mia) il ne nous semble pas rendre compte de l'exacte position de Thomas d'Aquin » (E.-H. WEBER, *Les discussions de 1270 à l'université de Paris et leur influence sur la pensée philosophique de S. Thomas d'Aquin*, in *Die Auseinandersetzungen an der Pariser Universität im XIII Jahrhundert* (« Miscellanea Mediaevalia 10 »), Berlin-New York 1976, p. 311). Da parte sua Lovanio dice con la penna di F. Van Steenberghen: Grabmann « publiait volontiers des spécimens de textes inédits, transcrits souvent d'une manière assez hâtive (...) On aura remarqué que Mgr Grabmann ne laisse aucune édition de textes importante (...) Pionnier inégalable, toujours aux avant-postes du travail de prospection dans le domaine inexploré de la littérature inédite, l'éminent historien a laissé à d'autres les travaux de longue haleine que représente l'édition savante des textes » (F. VAN STEENBERGHEN, *Introduction à la philosophie médiévale* cit., p. 315). Se si sente in queste ultime parole l'editore delle

storiografiche che attribuiscono un primato ai fatti dell'esperienza storica contro qualunque apriori metodologico (si dirà che tale è l'atteggiamento fondamentale di ogni storico onesto; tuttavia non tutti gli storici sembrano avere la medesima idea della pur imprescindibile onestà dello storico). Ben a ragione M. Dal Pra mette in evidenza come, nonostante la materia teologica frequentemente implicata nella ricerca del Grabmann, il suo procedere accumula risultati su risultati che nulla debbono all'ipotesi teologica e segnano acquisizioni definitive sul piano storico⁽⁴⁷⁾. In

opere di Sigieri di Brabante, l'articolo di J. MALCOLM (*On Grabmann's Text of William of Sherwood*, in *Vivarium* IX (1971), 2, 108-118) sembra ispirarsi al primo rilievo. Infatti, l'articolo consta di sette fitte pagine di correzioni alla edizione grabmanniana, del 1937, delle *Introductiones in logicam* di William di Sherwood. Non si può non osservare tuttavia che il testo del Grabmann resta pur sempre, anche emendato, a circa 35 anni di distanza, il testo di base.

Curioso infine il riferimento di A. MENUT, il quale parla di « the great Austrian Franciscan authority on medieval philosophy Martin Grabmann » (MAISTRE NICOLE ORESME, *Le livre de politiques d'Aristote*, With a Critical Introduction and Notes by A. D. MENUT, Philadelphia, 1970, p. 31). È comprensibile come oltre oceano le nostre piccole storie europee possano scolorire, facendo sì che un bavarese si trasformi in austriaco e un canonico in francescano.

All'università di Monaco esiste oggi un « Grabmann-Institut » che, attraverso la raccolta del materiale anche inedito che interessa la figura di Martin Grabmann, promuove gli studi intorno all'opera del grande medievalista.

⁽⁴⁷⁾ « (...) la *Storia del metodo scolastico* si segnala soprattutto per il rilievo che, pur nel riferimento emblematico e ideale alla connessione ed all'equilibrio di *auctoritas* e di *ratio*, vi assume la *ratio*. Anche se intenzionalmente il Grabmann la riferisce costantemente, in linea di principio, alla *auctoritas* della rivelazione e della verità cristiana e, insomma, all'autonomia della fede, egli ne segue con passione sincera e con scrupolo storico esemplare la costituzione e la formazione, nel suo divenire empirico. La *ratio* si afferma così nella sua vicenda storica, come un insieme di strumenti di controllo e di operazioni intellettuali che si manifesta su un piano empirico, diverso da quello, per così dire, trascendentale, in cui essa si misura con l'*auctoritas* della tradizione religiosa. Di qui la necessità, avvertita con tutta pienezza dal Grabmann, di considerarla anche al di fuori della pregiudiziale prospettiva unitaria, nell'accidentalità del suo farsi, connesso strettamente alle vicende della storia e della cultura » (M. DAL PRA, *Presentazione* a M. Grabmann, *Storia del Metodo scolastico* cit., p. XIX).

parte contemporanea all'opera di Max Weber, quella di Martin Grabmann appare ad essa in qualche modo apparentata, per la compresenza di una preminenza del sociale e di una, se si vuole, teleologica ammissione dei valori. Se si volesse arrischiare un confronto, ed intendere l'opera di Niklas Luhmann come l'approdo ultimo della sociologia tedesca, in cui sia il sociale che il mondo dei valori perdono del tutto il loro significato storico, le ricerche del Grabmann al contrario potranno allora essere definite rigorosamente come storicistiche.

Appare chiaro perciò che qualora si tenti, dopo quanto si è detto, di rispondere al quesito che sorge dal constatato ritardo con cui la storia del diritto ha risposto alle sollecitazioni di una storia rigorosamente orientata socialmente, una possibile soluzione va cercata nella direzione del problema se e in quale misura la storia giuridica sconti la sua sottomissione a un « pensiero giuridico » che, non solo la guidi, ma la determini (la domanda, levata in questo congresso, se i testi giuridici debbano essere oggetto di una lettura giuridica — ossia dei giuristi — oppure di una lettura *storica* — ossia di tutti, sembra andare esattamente in questa direzione). La discussione tra i due storici di lingua tedesca che abbiamo, forse troppo pedantemente, esaminata può risultare a questo scopo esemplare, non meno per il suo livello che per la sua indubbia chiarezza.

HERMANN KANTOROWICZ SU MARTIN GRABMANN

Il primo volume, dedicato alla memoria di Denifle, si apre con una introduzione intesa a dare una valutazione, una definizione, del metodo scolastico come pure a presentarne le fonti e la letteratura. Delle successive quattro sezioni la seconda si occupa del rapporto della patristica, greca e latina — soprattutto di Agostino « modello » per la scolastica — con la filosofia greca; viene discussa la parte avuta dal platonismo e dall'aristotelismo nella genesi della scolastica ma (e lo si può ben capire) si contesta che essa, come vogliono Harnack, Loofs, Seeberg, Windelband e altri, abbia condotto a una « trasformazione e deformazione del cristianesimo primitivo ». « Primo scolastico » viene ritenuto (secondo il metodo del Krieg) solo Boezio, il mediatore del-

l'aristotelismo al medioevo occidentale; la terza sezione viene dedicata ai suoi scritti, soprattutto agli « opuscula sacra ». La sezione seguente tratta della trasmissione di questi inizi alla prima scolastica. Dopo alcune considerazioni generali sul metodo scientifico dell'alto medioevo, viene contestata la pretesa di Scoto Erigena di essere « padre della scolastica »: egli potrebbe essere considerato infatti solo quale precursore (350 anni dopo Boezio?). D'altra parte in questo periodo il metodo del sic et non di Abelardo acquista un precursore interessante in Beroldo di Costanza († 1100), qui riconosciuto, probabilmente per la prima volta, come canonista; in genere, i metodi del XII e XIII secolo ricevono un altro precursore nella veste di uno « Speculum universale » inedito, ritenuto dal Grabmann, sulla base dell'indicazione di un (unico?) manoscritto, opera del poco noto picardo Radulfus Ardens attribuita alla fine dell'XI secolo — opera di cui non è facile trovare un equivalente in quel periodo: ma nel frattempo B. Geyer ha dovuto postdatare l'opera di 100 anni, cosa che il Grabman sembra ignorare. Infine l'ultima sezione parla dettagliatamente di Anselmo di Canterbury come del « padre della scolastica » (475 anni dopo Boezio?); queste distinzioni, già « fisiologicamente » non ben comprensibili, hanno un leggero sapore « scolastico »!

Il secondo volume si divide in una parte « generale » e in una, molto più estesa, « speciale ». La prima si occupa di insegnamento, di teoria della scienza, dello stato e dell'uso delle fonti, di alcuni indirizzi della scolastica nel XII e agli inizi del XIII secolo; si parla dell'importanza crescente di Parigi, della ricezione di Aristotele, della invasione graduale della scolastica da parte della dialettica. La seconda parte tratta in otto capitoli di singole personalità e scuole: anzitutto la letteratura sentenziarica e delle questioni, per poi arrivare ai suoi punti culminanti: Abelardo, Ugo di S. Vittore, Roberto di Melun e Pietro Lombardo; si tocca poi la scuola di Chartres con Gilbert de la Porrée e Joh. di Salisbury e molti epigoni anch'essi per lo più francesi e inglesi, fra cui figure sinora scarsamente note. Il terzo volume dovrà trattare della seconda scolastica e soprattutto di Tommaso.

Il giudizio su una tale opera — i cui risultati concernenti la storia della teologia non possono qui essere discussi — sarà molto differenziato a seconda del metro che si vorrà usare. Se ci si limita a guardare ai risultati certi che Grabmann ottiene, allora si dovrà riconoscere l'opera quale monumento di impegno e di vasta dottrina tedeschi, la si potrà usare quale opera di consultazione perspicua e di sicura informazione quanto alle fonti — in molti casi inedite e scarsamente note — e anche quanto alla vasta letteratura citata non meno che per molti singoli risultati — tuttavia meno nelle questioni di autenticità che quanto alla struttura e al metodo dei singoli scritti —: registrando il tutto come un guadagno per la conoscenza scientifica. In questo senso l'opera è stata accolta positivamente dalla critica. Ma,

a dire il vero, essa è stata in parte tratta in inganno dall'imponente « elenco dei manoscritti usati e citati » aggiunto al secondo volume: se si guarda più da vicino, una gran parte dei manoscritti si rivela non utilizzata ma solo citata, dai cataloghi o da altri autori — uno strano divertimento!

Alquanto diverso dovrà essere al contrario il giudizio se usiamo come metro le attese che il titolo dell'opera suscita nel lettore e che l'autore, nelle prefazioni, mette esplicitamente in evidenza. Qui infatti non siamo davanti ad un'opera di storia del metodo bensì ad un'opera di storia letteraria. E di una storia letteraria acerba, che si occupa primariamente di singoli libri, secondariamente di singoli autori, ma accenna appena allo sfondo storico mediante il quale solamente essi possono essere « capiti », particolarmente le correnti di storia delle idee (religiose, accademiche, politiche) e le correnti sociali in cui si radicano; così il Grabmann in tre pagine crede di aver descritto (con tante ovvietà) il « milieu » del secondo volume (p. 3). Anche dove presenta delle considerazioni « generali » egli si perde sempre, di nuovo, nei dettagli, soprattutto quando, trattando di storia delle fonti, si occupa di materiale inedito, il cui significato fortemente sopravvaluta (cosa che ogni ricercatore di fonti può comprendere sotto l'aspetto umano!): poiché per la storia del metodo ogni cosa essenziale può essere tratta dalle opere principali stampate delle varie epoche.

Il fatto è che si sarebbero dovuti vedere i problemi di teoria della conoscenza! Poiché se non è sufficiente essere degli storici per occuparsi di storia del diritto — per questo scopo occorre essere e in primo luogo dei giuristi — altrettanto poco basta l'addestramento storico (in questo caso storico-teologico) per occuparsi di storia del metodo: qui si tratta ancora una volta e in primo luogo essenzialmente della posizione del problema e della sua determinazione dal punto di vista della teoria della conoscenza. Ma il Grabmann non era all'altezza di affrontare questo aspetto del problema. Si veda al riguardo la definizione, che deve considerarsi fondamentale in quanto delimita l'oggetto stesso dell'opera: « Il metodo scolastico tende, applicando la ragione, la filosofia, alle verità rivelate, a ottenere per quanto possibile una comprensione del contenuto della fede, al fine di avvicinare in tal modo il contenuto delle verità soprannaturali alla ragione umana, di rendere possibile una presentazione globale, organica e sintetica, delle verità della salvezza e di risolvere le obiezioni sollevate dal punto di vista della ragione contro il contenuto della rivelazione » (I 36) (seguita poi, cosa che non sarebbe capitata a nessuno scolastico, da una frase completamente vuota sullo « sviluppo » del metodo — vale a dire, esattamente, non concernente la definizione). Ma questa definizione è da una parte troppo ampia e dall'altra troppo stretta: se per un verso infatti si adatta anche alla teologia non scolastica, per es. a quella razionalistica del XVIII secolo, per l'altro si adatta solo alla teologia; mentre è risa-

puto invece che la scolastica rappresenta il metodo di tutte le scienze del medioevo. Dopo tutto ciò si può intuire come il Grabmann tratti dei problemi così difficili quale quello del rapporto tra scolastica e mistica: « scolastica e mistica non sono come si vede in antitesi bensì si richiamano l'un l'altra. Nella loro più intima essenza esse si accordano; solo che la scolastica nel suo pieno sviluppo si muove prevalentemente sul terreno della razionalità, mentre nella mistica operano energie affettive, soprattutto l'amore, senza peraltro perdere l'orientamento razionale ». E subito dopo: « perciò si fanno valere nella mistica momenti psicologici » (II 97). Tutto questo ha il sapore di un cattivo « feuilleton »; in tutti i casi non è scienza.

Per lo storico del diritto, infine, l'opera, come si può intuire dalla definizione citata, offre pochissimo. Non viene detto nulla delle forme particolari che la scolastica assume presso i glossatori, specie presso i canonisti, dove le autorità umane prendono il posto di quelle rivelate e i bisogni dell'amministrazione e del culto subentrano a quelli religiosi; il grosso problema della posizione storica del *Decretum Gratiani* è appena accennato. Vengono comunque prese in considerazione le raccolte di canoni, specie Ivo, quali fonti dogmatiche (I 239 ss.), come pure quali mediatrici di citazioni patristiche alle raccolte teologiche di Sentenze (II 86, 387), come mostrano anche delle collezioni inedite poco note. L'influsso di Abelardo su Graziano viene ridotto alla sua giusta misura (II 215 s.), viceversa viene affermata l'importanza di Graziano per Pietro Lombardo (II 387); si accenna a canonisti come Rolando, Gandolfo e altri.

Infine l'opera contiene una rivelazione concernente la storia del diritto: Irnerio, da noi ammirato sinora solo quale filologo e giurista, ci viene ora presentato anche come teologo: vale a dire quale autore della raccolta, puramente teologica, di sentenze contenuta nel Codice Ambrosiano Y 43 sup., della prima metà del XII secolo (II 131 ss.)! Ma l'attribuzione ad Irnerio poggia su due piedi debolissimi: in primo luogo sull'intestazione, che Grabmann ha ricavato dallo scrivente: « *Incipit liber divinarum* (questa parola è omessa dal Grabmann) *sententiarum, quas Guarnerius Iurisperitissimus ex dictis Augustini aliorumque doctorum excerspsit* (sic) »; in secondo luogo sul fatto che « nei titoli dei capitoli (!): *De legibus quibuslibet, De romano imperio, De regibus, De bellis, De iustitia et iudiciis* fa capolino il giurista e il maestro di diritto romano ». Il secondo argomento non ha bisogno di critica; il primo è vanificato dal fatto che lo Heyer, in base alla propria conoscenza del manoscritto, ha constatato che la parola « *Iurisperitissimus* » è solo una glossa interlineare a « *Guarnerius* » (v. in questa stessa Rivista 33 (1912), 397). Io stesso avevo già, spinto dall'intuito, fatto questa scoperta, che aggiunti quale supplemento al mio elenco di apocrifi irneriani (in questa Rivista, Rom. Abt. 30 (1909), 270¹). Faccio solo notare che lo stesso errore era stato commesso dal

Gaudenzi; ma egli stesso lo aveva rettificato in seguito (v. il suo saggio « Il monastero di Nonantula » nel Bull. d. Ist. stor. ital., vol. 22 e di contro la conferenza « Lo studio di Bologna », negli Ann. d. R. Univ. di Bol., 1901, 136-140). Entrambi questi testi sono passati inosservati.

MARTIN GRABMANN SU HERMANN KANTOROWICZ

I primi due volumi sinora apparsi della mia *Geschichte der scholastischen Methode* hanno trovato una critica insolitamente cordiale e consenziente, spesso intonata ad un caldo riconoscimento, da parte di illustri rappresentanti, cattolici e non cattolici, tedeschi e stranieri, della storia della filosofia e della storia dei dogmi, della storia medievale e della storia della letteratura e anche della teologia sistematica. Sono ben conscio che il mio lavoro ha anche le sue manchevolezze e ho accolto con gratitudine le obiezioni e le precisazioni critiche che ho utilizzato nei miei numerosi lavori da allora pubblicati come anche nella elaborazione del terzo volume.

Ora appare, con un abbondante *nonum prematur in annum* (12 anni dopo la pubblicazione del mio primo volume e 10 dall'uscita del secondo), in questa autorevolissima Rivista (Kanon. Abt. XI, 1921, 456 s.) una recensione di Hermann Kantorowicz, di tono assai poco cortese e inadeguata alla mia opera, in quanto il suo autore è privo della competenza scientifica sulle fonti, sui metodi e sui compiti della storia della filosofia e della teologia medievali senza che egli sembri esserne conscio. Con un certo ritegno — lo faccio per la prima volta nel corso della mia attività letteraria — prendo la penna per la mia difesa scientifica; tempo che dedicherei molto più volentieri al lavoro scientifico costruttivo e positivo anziché dover parlare con un censore di cose che fra colleghi della materia sono più o meno ovvie.

1. Il professor K. riferisce innanzitutto sul contenuto dei due volumi e già qui fa intendere di non abbracciare l'estensione della mia opera. Che nel primo volume abbia esaminato il rapporto soprattutto di Agostino, « modello » per la scolastica, con la filosofia greca nessun lettore, leggendo le pagine 125-143, riuscirà a convincersene a proposito di Agostino. Il mio critico trova particolarmente criticabile il fatto che io abbia chiamato Boezio « il primo scolastico » e Anselmo di Canterbury « Padre della scolastica (475 anni dopo Boezio?) »: « queste distinzioni, già « fisiologicamente » non ben comprensibili, hanno un leggero sapore « scolastico! ». Nello stesso tempo si fa notare che io ho tolto a Scoto Erigena la pretesa di essere « padre della scolastica ».

Orbene, queste definizioni, a proposito di Boezio e Anselmo, non sono mie e si conciliano molto bene tra loro. Boezio può essere

detto il primo degli scolastici perché in lui, soprattutto negli scritti teologici, a motivo della utilizzazione della filosofia greca, particolarmente della filosofia aristotelica, con fini teologici si fanno avanti i tratti essenziali della scolastica medievale. Anselmo viene generalmente chiamato ' Padre della scolastica ' in quanto con lui inizia la scolastica quale indirizzo e metodo definiti, che si evolveranno ulteriormente andando a costituire delle scuole tra loro connesse. Così, come dalla largamente usata denominazione di Agostino di « primo pensatore moderno » non consegue affatto che la filosofia moderna non debba iniziare con Nicola di Cusa o, più esattamente, con Descartes, non può trarsi la conclusione che dal fatto di chiamare Boezio « primo scolastico » consegua che Anselmo non sia « il padre della scolastica ». Per quanto concerne Scoto Eriugena, il K., che scrive « Eriugena », non sembra sapere che dopo i risultati conseguiti dal Baeumker e dal Traube (cf. Überweg-Baumgartner, *Grundriß der Geschichte der patristischen und scholastischen Zeit*¹⁰, Berlin, 1915, 223) la denominazione Eriugena è l'unica esatta e il nome Eriugena è stato eliminato dalla letteratura specialistica. Inoltre Johannes — si scrive esattamente Johannes Scotus oppure Johannes Eriugena — non può essere detto padre della scolastica semplicemente perché questo grande pensatore solitario non ha avuto alcun influsso sull'ulteriore formazione ed evoluzione della scolastica. Non vorrei tuttavia dare il mio assenso all'opinione di M. De Wulf quando chiama il filosofo di corte di Carlo il Calvo « père de l'antiscolastique ». Neanche le fonti e la struttura della filosofia di Eriugena consentono di chiamarlo padre della scolastica. Cf. l'accuratissimo studio di A. Schneider, *Die Erkenntnislehre des Johannes Eriugena*, Berlin und Leipzig 1921. Anche Hans von Schubert nella sua *Geschichte der christlichen Kirche im Frühmittelalter* (2. Halbband, Tübingen 1920, 467) rileva esplicitamente che Johannes Eriugena non può essere detto padre della scolastica medievale.

2. Il K. fa un'altra obiezione al mio primo volume a proposito del paragrafo sullo *Speculum universale* di Radulfus Ardens « ritenuto dal Grabmann — come egli osserva — sulla base dell'indicazione di un (unico?) manoscritto, opera del poco noto picardo Radulfus Ardens attribuita alla fine dell'XI secolo — opera di cui non è facile trovare un equivalente in quel periodo: ma nel frattempo B. Geyer ha dovuto postdatare l'opera di 100 anni, cosa che Grabmann sembra ignorare ». Se il K. ha veramente letto il mio studio come pure quello di Geyer (Tübingen Theol. Quartalschrift 1911, 68-89), doveva vedere che l'attribuzione dello *Speculum universale* a Radulfus Ardens non è avvenuta in base ad un unico manoscritto ma che dei quattro manoscritti conservati tre portano il nome di Radulfus Ardens mentre il quarto è anonimo. L'attribuzione a Radulfus Ardens è fuori discussione; si tratta solo di stabilire il periodo in cui Radulfus Ardens è vissuto, se

ciò verso la fine dell'XI secolo, come si riteneva generalmente in precedenza e come anch'io credevo, oppure se egli deve essere postdatato di cento anni, come ha dimostrato B. Geyer esaminando più a fondo di quanto non sia stato possibile a me lo *Speculum universale*. Quando Geyer — prima in un breve scritto nella « Theologische Revue », poi nella « Theologische Quartalschrift » — sostenne questa postdatazione di Radulfus Ardens mi feci fotografare ampie parti del Cod. Vat. lat. 1175, per vedere se magari non ci fossero delle interpolazioni o rielaborazioni tardive; ma non mi fu possibile concludere queste mie ricerche prima della chiusura del secondo volume che al momento della pubblicazione dell'ampio studio del Geyer era già in massima parte stampato. Sono d'accordo con B. Geyer che oramai Radulfus Ardens deve essere datato cento anni più tardi di quanto si ritenesse precedentemente. Ma il mio critico, riferendo ciò che altri hanno trovato, avrebbe dovuto prendersi la briga di fare dei riferimenti esatti.

Il K. riduce a 13 ½ righe il contenuto del secondo volume che conta 600 pagine. Verso la fine di questa parte della recensione parla di « molti epigoni anch'essi per lo più francesi e inglesi, fra cui figure sinora scarsamente note ». Almeno io non riesco a capire come si possa parlare di epigoni proprio nel momento del passaggio alla seconda scolastica, quando a Parigi nascevano le somme teologiche e apparivano degli scolastici che hanno influito profondamente sui periodi successivi — come Simon di Tournai, Praepositinus ed altri — e si perfezionavano la tecnica scolastica della disputa e il metodo espositivo.

3. Il K. passando alla valutazione della mia opera dice: « Se ci si limita a guardare ai risultati certi che Grabmann ottiene, allora si dovrà riconoscere l'opera quale monumento di impegno e di vasta dottrina tedeschi... In questo senso l'opera è stata accolta positivamente dalla critica. Ma, a dire il vero, essa è stata in parte tratta in inganno dall'imponente « elenco dei manoscritti utilizzati e citati » aggiunto al secondo volume: se si guarda più da vicino, una gran parte dei manoscritti si rivela non utilizzata ma solo citata, dai cataloghi o da altri autori — uno strano divertimento! ». Vorrei osservare che si è provveduto ad evitare di ingannare il lettore già con la scelta di questo titolo « Elenco dei manoscritti utilizzati e citati »; che la massima parte dei manoscritti è stata da me vista; che comunque il K. è il meno indicato a tracciare la linea di demarcazione tra manoscritti utilizzati e citati. Egli non avrebbe potuto dimostrare in modo più eclatante che con questa obiezione la sua incompetenza a giudicare la mia opera, fondata sulla ricerca dei manoscritti. Gli posso rivelare che in questo campo l'elenco dei manoscritti utilizzati e citati è di uso corrente e che non siamo disposti a farci correggere in questo uso da uno studioso che a tutt'oggi scrive Scotus Erigena; per citare alcuni esempi, il P. Mandonnet

fa terminare la sua grande opera *Siger de Brabant et l'Averroïsme latin au XIII^e siècle*, Louvain 1908 e 1911 con una « Table des manuscrits » annotando: « Cette table contient l'indication des manuscrits édités, utilisés ou cités au cours de cet ouvrage ». A. Pelzer riporta alla fine del suo preziosissimo studio *Godefroid de Fontaines*, Louvain 1911 (Extrait de la Revue néo-scholastique) una « Table des manuscrits cités ». Anche J. de Ghellinck nella sua opera rivoluzionaria *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, Paris 1914 — che il K. a dire il vero dovrebbe conoscere a causa della sua importanza per la storia del diritto ecclesiastico — cita nella « Liste des manuscrits » tutti i manoscritti menzionati nell'opera, compresi quelli che non aveva potuto o non aveva ritenuto necessario esaminare. Questa abitudine importante ed utile per la topografia dei manoscritti scolastici, di riunire in un elenco i manoscritti utilizzati e citati, l'ho mantenuta anche in tre monografie pubblicate nel frattempo nei *Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, di Baeumker (*Forschungen über die lateinischen Aristoteles-übersetzungen des 13. Jahrhunderts*, Münster 1916; *Die Philosophia pauperum und ihr Verfasser Albert von Orlamünde*, 1918; *Die echten Schriften des hl. Thomas von Aquin*, 1920). Anche nella serie pubblicata da M. De Wulf *Les Philosophes Belges, Textes et Etudes*, a cui appartiene anche l'opera citata da Mandonnet, il K. può constatare l'identica pratica. In Fr. Pelster ho un compagno di ventura tedesco; egli, nella sua opera *Kritische Studien zum Leben und zu den Schriften Alberts des Grossen*, Freiburg 1920, così ricca di risultati ed esemplare anche dal punto di vista metodologico, pone all'inizio un elenco dei manoscritti utilizzati e citati. Lo « strano divertimento » non è dunque mio bensì del mio critico, il quale si è avventurato su un terreno di ricerca scientifica i cui metodi e la cui letteratura fondamentale sono per lui una terra incognita.

4. Ma seguiamo ancora il K. nella sua critica. Egli prosegue dicendo che il giudizio sulla mia opera dovrà essere diverso quando la misuriamo con le attese che il titolo dell'opera solleva nel lettore: infatti essa risulta essere non una storia del metodo bensì una storia della letteratura scolastica. Questa obiezione, secondo la quale il titolo è troppo stretto per il contenuto dell'opera, è stata fatta anche da altri specialisti. Perciò in una serie di monografie e di saggi ho pubblicato le mie ricerche storico-letterarie necessarie per il terzo volume, sulle traduzioni di Aristotele, sugli scritti di Alberto Magno e di S. Tommaso ecc.: i loro risultati figureranno in sintesi nella mia opera.

Inoltre il K. critica la mia eccessiva insistenza sui singoli autori e il fatto, al contrario, che io trascuri il loro sfondo storico, soprattutto le correnti religiose, accademiche e politiche e i fatti sociali. « Così il Grabmann in tre pagine crede di aver descritto (con tante ovvietà) il "milieu" del secondo volume ». A questo proposito vorrei far rile-

vare che l'introduzione intitolata « La segnatura del XII secolo » non comprende tre bensì otto pagine (1-8) e che essa viene seguita da una parte generale che si occupa in dettaglio dei fattori generali e dei punti di vista che presiedono allo sviluppo del metodo scolastico nel XII secolo e agli inizi del XIII (9-127). Inoltre, per ciò che concerne il problema dello sfondo storico del movimento scolastico, io condivido il punto di vista metodologico di H. Denifle, il quale dall'alto della sua incomparabilmente ricca esperienza dice: « Il metodo da me scelto (...) è quello analitico. A mio avviso col metodo sintetico non si ottengono, in un campo in cui c'è ancora tanto da fare, dei risultati inoppugnabili; occorre infatti esplorare prima i singoli fatti. Altrimenti si corre il rischio di attribuire ai dettagli il valore di verità generali o talvolta, al contrario, di far apparire come casi particolari dei fenomeni di carattere generale o infine di confondere le varie epoche... Si serve molto meglio la scienza storica ponendosi semplicemente sul terreno dei fatti, conquistando questo terreno un passo dietro l'altro e rendendo sicura tale conquista piuttosto che collocarsi in un punto di osservazione il più elevato possibile, lasciare vagare lo sguardo su un panorama vastissimo di popoli e secoli » (*Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400*, Berlin 1885, p. XXIII s.). Ho l'impressione che quanto più si approfondiscono la conoscenza specialistica e l'acquisizione di conoscenze di dettaglio nello studio della scolastica e della mistica medievali, tanto più riesce difficile e necessita delle cautele il tracciare siffatti disegni costituiti di generiche linee esplicative. Personalmente anch'io tendo, nei miei studi di filosofia e di storia della filosofia, a prediligere le esposizioni generali. Il mio critico l'avrebbe ben potuto dedurre dalle mie analisi psicologiche condotte intorno ad autori di primo piano, come Anselmo di Canterbury, Pietro Abelardo, Ugo di S. Vittore, Gilbert de la Porrée. Che lo sguardo sintetico non mi sia del tutto estraneo il K. potrebbe vederlo anche dalla mia « Filosofia del medioevo », uscita nella collezione Göschen (Berlin 1921).

5. Debbo nel modo più deciso contraddire il mio critico — e in ciò so di essere d'accordo con tutti i miei colleghi specialisti di storia della filosofia e della teologia medievali — quando il K. scrive che io « sopravvaluto fortemente il significato del materiale inedito e che per la storia del metodo ogni cosa essenziale può essere tratta dalle opere principali stampate delle varie epoche ». Chiunque abbia letto la mia opera non riuscirà, semplicemente, a capire il senso di questa affermazione. Il K. conosce il grande studio di Fr. Ehrle: *Das Studium der Handschriften der mittelalterlichen Scholastik mit besonderer Berücksichtigung der Schule des hl. Bonaventura* (Zeitschrift für kath. Theologie VII (1883) 1-51)? Questo lavoro, che R. Seeberg ha chiamato « un caposaldo insuperabile » (Theol. Literaturblatt 1912, 129) è ora apparso in una nuova elaborazione nella rivista romana « Gre-

gorianum ». Anch'io ho pubblicato un ampio articolo nella « Zeitschrift für katholische Theologie » (1915, 699-740): *Über Wert und Methode des Studiums der scholastischen Handschriften*. Fr. Ehrle scrive nel suo saggio: « Vale in misura ancor maggiore per il XIV e il XV secolo ciò che sin dal 1883 dovetti constatare a proposito della seconda scolastica: che non più di un quarto o un quinto degli autori che si conoscono è stampato, non solo, ma inoltre con una scelta spesso determinata dal caso » (*Die Eherentitel der scholastischen Lehrer des Mittelalters*, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-philologische und historische Klasse, 1919, 9. Abhandlung, München 1919, 16). Risulta francamente penoso dover ripetere cose notissime a chiunque si occupi di questa materia.

6. Il critico si muove poi sul terreno della filosofia, ossia della teoria della conoscenza: « Il fatto è che si sarebbero dovuti vedere i problemi di teoria della conoscenza! Perché se non è sufficiente essere degli storici per occuparsi di storia del diritto — per questo scopo occorre essere e in primo luogo dei giuristi — altrettanto poco basta l'addestramento storico (in questo caso storico-teologico) per occuparsi di storia del metodo: qui si tratta ancora una volta e in primo luogo essenzialmente della posizione del problema e della sua determinazione dal punto di vista della teoria della conoscenza. Ma il Grabmann non era all'altezza di affrontare questo aspetto del problema ». È vero, nemmeno ora, dopo essermi occupato per molti anni di problemi filosofici e dopo aver insegnato filosofia ed anche teoria della conoscenza alla facoltà di teologia di Vienna, mi sento assolutamente in grado di capire e peggio di fare ciò che K. mi chiede. Mi sono occupato in modo speciale di teoria della conoscenza nella scolastica e ho scritto già diversi anni prima della mia Storia del metodo scolastico un libro sulla teoria della conoscenza del Cardinale Matteo di Aquasparta (Wien 1906). Prescindendo da una serie di saggi usciti in periodici, anche nel mio studio su Tommaso d'Aquino, uscito già in quattro edizioni (l'ultima Kempten e München 1920) e tradotto in italiano, spagnolo, olandese, francese e inglese — che sembra peraltro essere sconosciuto a K. — ho dedicato un capitolo alla teoria della conoscenza. Né ho mai evitato i problemi della filosofia moderna, vale a dire della teoria della conoscenza. Sarà sufficiente citare il mio studio *Der kritische Realismus Oswald Külpes und der Standpunkt der aristotelisch-scholastischen Philosophie* (Sonderabdruck aus dem Philosophischen Jahrbuch, Fulda 1916), la mia prolusione di Vienna *Der Gegenwartswert der geschichtlichen Erforschung der mittelalterlichen Philosophie* (Wien 1913), la mia monografia *Die Grundgedanken des hl. Augustinus über Seele und Gott. In ihrer Gegenwartsbedeutung dargestellt* (Köln 1916). Il K., che sembra conoscere solo la mia Storia del metodo scolastico e crede di avere a che fare esclusivamente con uno storico della teologia e un

ricercatore di manoscritti, avrebbe potuto risparmiarmi questo indottrinamento sui problemi di teoria della conoscenza che il nostro tema comporta. Sembra inoltre che egli ignori che la teoria del metodo non è affatto parte della teoria della conoscenza bensì della logica. Se mai ha preso in mano una delle nostre opere tedesche di logica, per es. Wundt, Sigwart, Störing, v. Kries, Hagemann-Dyroft ecc., avrà visto che la teoria del metodo viene trattata in genere nella logica e non nella teoria della conoscenza. O il K. è del parere che avrei dovuto fare violenza alla scolastica, la quale, nata da un ben diverso spirito, male si adatterebbe ad uno dei sistemi moderni di teoria della conoscenza? Nel pensiero scolastico il contrasto di agostinismo e aristotelismo nel XIII secolo rappresenta una grande cesura di teoria della conoscenza — ma il problema andava di là dalla cronologia dei primi due volumi.

7. Il « metodo » del mio critico suscita un'impressione per niente gradevole quando egli commenta la mia definizione del metodo scolastico. Egli scrive: « Si veda al riguardo la definizione, che deve considerarsi fondamentale in quanto delimita l'oggetto stesso dell'opera: ' Il metodo scolastico tende, applicando la ragione, la filosofia, alle verità rivelate, a ottenere per quanto possibile una comprensione del contenuto della fede, al fine di avvicinare in tal modo il contenuto delle verità soprannaturali alla ragione umana, di rendere possibile una presentazione globale, organica e sintetica, delle verità della salvezza e di risolvere le obiezioni sollevate dal punto di vista della ragione contro il contenuto della rivelazione (seguita poi, cosa che non sarebbe capitata a nessuno scolastico, da una frase completamente vuota sullo " sviluppo " del metodo — vale a dire, esattamente, non concernente la definizione). Ma questa definizione è da una parte troppo ampia e dall'altra troppo stretta: se per un verso infatti si adatta anche alla teologia non scolastica, per es. a quella razionalistica del XVIII secolo, per l'altro si adatta solo alla teologia; mentre è risaputo invece che la scolastica rappresenta il metodo di tutte le scienze del medioevo ». Sin qui il K. Al proposito vorrei precisare quanto segue:

a) La definizione del metodo scolastico, che nel primo volume, a p. 36-37, è stampata con doppia spaziatura, è preceduta alle pp. 28-36 da delle motivazioni dettagliate di essa, che io ho scritto con l'intento di essere lette ed anche capite. In quella sede ho sottolineato con particolare forza e con particolare chiarezza, a p. 29 e anche a p. 32, il fatto che la mia definizione del metodo scolastico può essere solo provvisoria: « una definizione conclusiva ed esauriente di ciò che è e significa il metodo scolastico potrà essere solamente il risultato dell'indagine storica della sua genesi » (p. 29). Questa annotazione, sostanzialmente limitativa e prudenziale, fu fatta poiché avevo la sensazione che il metodo di lavoro puramente filosofico e indipendente da una finalizza-

zione teologica, quale era possibile osservare in vari scolastici delle Facoltà delle Arti di Parigi e di Oxford nel XIV e XV secolo, fosse una difficoltà che poteva essere fatta valere contro la mia definizione. Comunque il K. aveva il dovere di sottolineare, giacché voleva criticare la mia definizione, che io stesso avevo presentato questa definizione solo come provvisoria. Il lettore della sua critica ne avrebbe ricavato un quadro del tutto diverso. Questa definizione provvisoria, inoltre, l'ho tratta come ho spiegato in *longum et latum*, dagli scritti di autori del XII e XIII secolo (Anselmo di Canterbury, Pietro di Poitiers, Pietro di Capua, Guglielmo di Auxerre, Bonaventura e Tommaso d'Aquino). Fatica sprecata nei confronti del K., il quale sembra aver dedicata la sua attenzione esclusivamente a ciò che è stampato con spaziatura doppia (pp. 36-37).

b) K. non ha capito nemmeno la definizione del metodo scolastico stampata con spaziatura doppia in un paragrafo autonomo, benché nessuno mi abbia mai accusato di scrivere in modo non chiaro. In verità egli non ha riportato l'ultima frase, che pure appartiene al contesto, e in cambio ha ironizzato, tra parentesi, su questa « frase del tutto vuota ». Tale frase suona così: « In uno sviluppo graduale il metodo scolastico si è creato una determinata tecnica esteriore, una forma esteriore, si è per così dire rivestito di sensi e di carne ». Se il K. ha letto con qualche attenzione ciò che precede, era in grado di capire esattamente il perché di questa mia precisazione e della esatta formulazione della frase. Con essa volevo caratterizzare la tecnica esteriore della scolastica, che ha trovato il suo approdo nello schema della « Quaestio disputata », quale elemento secondario di questa definizione descrittiva del metodo scolastico, caratterizzandolo come fenomeno storico e passibile di evoluzione. Una tale tecnica esteriore è passata dalla teologia e dalla filosofia ad altri campi del sapere medievale, per es. alla giurisprudenza e alla medicina. Rappresentanti tipici della medicina scolastica sono per es. nel XIII secolo e agli inizi del XIV Taddeo Alderotti, Guilelmo Corri da Brescia e Pietro d'Abano, nel XIV secolo Gentile dei Gentile de Foligno. Per la giurisprudenza rimando, per non ripetere delle cose universalmente note, alle « Quaestiones disputatae per Doctores Bononienses », quali si presentano nei manoscritti P. II, 23 di Bamberg, 853 di Darmstadt e Clm. 8011, ignorato dallo Schulte e da me esaminato. In queste Quaestiones di illustri canonisti bolognesi (per es. Aegidius de Fuscarariis, Jacobus a Baysio ecc.) viene esposto prima, brevemente, un caso giuridico, seguito, poi, da una questione che viene costruita esattamente secondo lo schema della Quaestio disputata scolastica (obiezioni, Sed contra, Solutio, risposta alle obiezioni). Questa tecnica espositiva della scolastica doveva pure essere recepita, seppure come elemento secondario, nella definizione descrittiva del metodo scolastico, senza che per ciò possa essere ritenuto essere la sua vera e propria essenza. Perché altrimenti ne deriverebbe la strana

conclusione che un autore medico i cui scritti presentano questa tecnica sarebbe uno scolastico, mentre Anselmo di Canterbury, Ugo di S. Vitore, Bonaventura nel *Breviloquium*, Tommaso nella *Summa contra Gentiles* non potrebbero essere definiti scolastici. Con ciò viene liquidata anche l'obiezione del mio critico, secondo la quale la definizione da me data sarebbe troppo stretta perché valida solo per la teologia, mentre la scolastica sarebbe in realtà il metodo di tutte le scienze del medioevo. Non volevo credere ai miei occhi leggendo che la definizione sarebbe nello stesso tempo anche troppo larga in quanto applicabile anche alla teologia non scolastica, per es. alla teologia razionalistica del XVIII secolo. Mi piacerebbe conoscere il teologo razionalista che « vuole risolvere le obiezioni sollevate dal punto di vista della ragione contro il contenuto della rivelazione », il quale miri ad organizzare un sistema intorno al contenuto della rivelazione collocandosi tuttavia fermamente nell'ottica della rivelazione naturale. Sarebbe lecito attendersi che un recensore, prima di attaccare in questo modo un'opera scientifica seria, debba un po' pensarci prima e riflettere su ciò che egli crede di dover criticare. A soddisfare queste elementari esigenze di impegno e di ponderazione scientifici il K. ha avuto ben dodici interi anni.

8. Dopo lo sforzo dedicato alla definizione del metodo scolastico il recensore passa a discutere le mie considerazioni sul rapporto fra scolastica e mistica: « Dopo tutto ciò si può intuire come il Grabmann tratti dei problemi così difficili quale quello del rapporto tra scolastica e mistica ». Egli cita poi ben sette righe del mio testo che conta sedici pagine e conclude con un giudizio sprezzante e demolitore: « Tutto questo ha il sapore di un cattivo 'feuilleton'; in tutti i casi non è scienza ». Dopo uno studio di anni dedicato alle fonti della mistica, dopo aver ritrovato opere inedite e sconosciute di mistici medievali e dopo avere scritto sui problemi fondamentali della mistica cristiana sono costretto ad ascoltare un simile giudizio da parte di un uomo il cui nome non ho mai incontrato nei miei lavori sulla mistica. Dopo aver scritto questo « cattivo feuilleton » mi sono applicato con dedizione all'esplorazione della mistica medievale con il successo di preziosi ritrovamenti; continuando i lavori del Denifle ho ritrovato opere latine di mistici tedeschi e ne ho riferito all'Accademia bavarese delle scienze (*Neuentdeckte Werke deutscher Mystiker*, nei « Sitzungsberichte der bayerischen Akademie, philologisch-philosophische und historische Klasse, München 1922). Mi sento confermato, proprio sulla base di queste mie ricerche, nell'opinione espressa nel secondo volume della mia Storia del metodo scolastico circa il rapporto tra scolastica e mistica nel medioevo e ne ho di nuovo trattato nel mio scritto *Wesen und Grundlage der katholischen Mystik* (München 1922). Del resto un giudizio sul rapporto tra scolastica e mistica nel medioevo può permetterselo solo colui che domina sia le fonti che la letteratura e nessun altro, meno che mai uno

al quale manca qualunque attestato di competenza in questo difficile campo. Veri esperti, pure ignorati dal K., giudicano ben diversamente i miei studi da lui trattati con tanto disprezzo. Per es. Joseph Zahn, uno dei più profondi conoscitori della mistica cristiana, nella sua *Einführung in die christliche Mystik* (Paderborn 1918, 2^a ed., p. 78) scrive: « Un orientamento preciso e affidabile su ciò che distingue e unisce scolastica e mistica è offerto da M. Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, II, 1912, 95-100 ». Potrei aggiungere dei giudizi analoghi sul mio « cattivo feuilleton ».

Ma debbo avviarmi rapidamente alla conclusione. K. osserva che l'opera offre molto poco allo storico del diritto ma poi cita tutta una serie di risultati relativi. Egli chiude con delle considerazioni sulla mia attribuzione ad Irnerio di un manoscritto di natura teologica contenente delle Sentenze, trovato nella Biblioteca Ambrosiana di Milano. Orbene, io ho commesso qui un errore in cui è caduto anche uno specialista come il Gaudenzi. Del resto già lo Hayer aveva richiamato la mia attenzione, salvo che in una forma più cortese, in questa stessa rivista. Sono dunque solo due le vere inesattezze di cui il K. mi rimprovera: l'attribuzione a Irnerio di un'opera di Sentenze e la datazione precoce, già segnalata all'inizio, di Radulfus Ardens. Ebbene, entrambe queste sviste erano già state segnalate da Heyer e da Geyer; inoltre quel che si riferisce a Radulfus Ardens non è stato riportato esattamente dal mio critico. Insomma, la sua opera è una catena di affermazioni immotivate e inesatte e di giudizi espressi con leggerezza, da cui risulta chiaramente una ignoranza insolita dell'oggetto e dei metodi della mia opera, un sapere occasionale molto superficiale dell'essenza e della genesi della scolastica medievale.

MARTIN HEIDEGGER A MARTIN GRABMANN

Wiesbaden, 7.1.17

Stimatissimo Professore

La ringrazio vivamente per l'invio del suo saggio e per la gentile cartolina. Su Külpe mi sono pronunciato in linea di principio nella « Conclusione » del mio lavoro, senza con ciò pronunciarmi sulle singole questioni. È un vero peccato che noi non riceviamo più i volumi della « Realisierung », perché qui la posizione di Külpe avrebbe dovuto dimostrare la propria solidità. A ragione lei dà molto peso al saggio sulle categorie. Nel suo studio il parallelismo con Tommaso viene delineato molto nettamente. Ho l'impressione che il Külpe con tutto il pregio dei suoi lavori filosofici non sia uscito dalla sua posizione natu-

ralistica; così che si può affermare tranquillamente che la trattazione che la scolastica fa del problema è molto più vicina al nocciolo del problema stesso di quanto non lo sia il sistema moderno di Külpe, che procede con mezzi più empirici e tuttavia inadeguati. Il terzo volume della Sua pregevolissima opera sarebbe il luogo appropriato per formulare nel modo più energico questa idea. Nel mio lavoro io l'ho formulata come segue: il valore della teoria scolastica della conoscenza si basa per l'appunto sul fatto di procedere non naturalisticamente bensì teoreticamente. Il lavoro è divenuta una trattazione volutamente concentrata e ho dovuto rinunciare a molte cose che mi avevano sollecitato e che avevo elaborate.

Al professor Krebs, che ha letto il manoscritto del lavoro, ho espresso più volte il rincrescimento di non avere ancora potuto servirmi del terzo volume della Sua Storia del metodo scolastico. Vorrei cogliere l'occasione di augurare a questo volume una riuscita particolarmente felice, tanto più che lei tratterà anche degli aspetti sistematici.

Un lavoro che avevo iniziato, un confronto tra Tommaso e Scoto sui problemi logici, è stato interrotto dalla guerra. Non ho voluto inserire nel lavoro più ampio quanto era già stato acquisito, perché, per principio, non volevo affrontare la questione delle dipendenze, delle coincidenze, delle deviazioni storiche. L'unico scopo era quello di mettere a nudo, in un caso tipico, il contenuto sistematico della scolastica. So di non essere sfuggito al pericolo di inserire il cosiddetto patrimonio comune della scolastica, senza ulteriore specificazione, nel quadro dei problemi di Scoto. D'altronde sono convinto che questo patrimonio comune è stato nondimeno valutato criticamente dai singoli filosofi in quanto costituente le loro proprie teorie.

Queste carenze del mio lavoro — dal punto di vista storico — le conosco in parte molto bene, ma non potevano essere evitate in uno studio deliberatamente nuovo quanto al suo carattere, con le sue finalità sistematiche che in un primo momento erano state il mio esclusivo interesse.

Forse Le interesserà sapere che per Husserl il mio lavoro ha portato a delle conclusioni soddisfacenti. Anche il Rickert guarda oggi alla scolastica con altri occhi. Ma difficilmente posso aspettarmi da questi ambienti una critica *complessiva*. È perciò per me tanto più prezioso che lei intenda sottoporre il mio lavoro ad una valutazione critica in una sede così accreditata. Sono convinto che avrò molto da imparare e soprattutto che Lei saprà rendere giustizia alla duplice valenza della trattazione.

La Sua gentile cartolina e una lettera del Bäumker sono per me lo stimolo più prezioso per ulteriori lavori nel campo della scolastica e della mistica medievali.

Ma prima vorrei arrivare a possedere una sufficiente certezza nelle questioni sistematiche, cosa che significa procedere *dal di dentro*

ad una discussione della filosofia dei valori e della fenomenologia. Ma ciò richiede un'assoluta possibilità di concentrazione e un'energia non menomata — che ora sono fuori dalla realtà.

Mi permetterà di tenerla al corrente anche in futuro dei miei tentativi.

Con un sincero augurio di buon anno, il suo grato e devotissimo

MARTIN HEIDEGGER

Repliche

JACQUES LE GOFF

Il faut replacer ces attitudes elles-mêmes (celles des historiens à l'égard de l'histoire du droit et vice-versa) dans l'histoire. Quand je me suis intéressé à l'histoire des villes médiévales, dans la bibliographie française ce qui régnait c'était une historiographie faite par des juristes et des historiens du droit, et des institutions. Le mal accompli à propos du *fief*, c'est-à-dire la définition de la féodalité à partir d'un élément particulier sans grande importance, on l'a recommencé avec les *communes*, cas institutionnel — limite d'un phénomène beaucoup plus large. Si je suis ici pour dire mon ignorance, je suis aussi ici pour dire que je désire un dialogue dans certaines conditions avec les historiens du droit, et que je souhaite trouver en face de moi une nouvelle histoire du droit. Le professeur Tomas y Valiente a raison, mais c'est pour des raisons que je crois très bonnes, que les *Annales* ont tourné le dos à une certaine histoire du droit en France, il y a 50 ans, et ensuite elles ne se sont pas aperçu que les choses changeaient, d'où cette ignorance qu'il faut faire reculer, je suis ici pour cela. Ce qui est tout à fait vrai, comme l'a dit le professeur Hespanha, c'est que les historiens ont peur des historiens du droit, et si j'analysais la peur que j'ai eue et que j'ai encore aujourd'hui ici, je crois que se serait intéressant pour nos propos, d'un point de vue scientifique, mais je ne suis pas ici pour confesser mes états d'âme.

On a dit qu'histoire sociale c'est une étiquette assez précise, mais je pense plutôt le contraire. Dans les papiers de Marc Bloch que j'ai pu consulter aux Archives Nationales à Paris, j'ai vu une lettre très intéressante où Marc Bloch disait que, lorsqu'avec Lucien Febvre ils se sont demandé quel titre donner à leur nouvelle revue, finalement appelée *Annales d'Histoire Economique et Sociale*, économique, ils l'ont trouvé tout de suite, parce qu'ils

pensaient que c'était une orientation qui manquait et qui s'imposait et puis, ils ont cherché un autre adjectif et finalement Lucien Febvre a dit « prenons social, ça veut tout dire! ». Si donc histoire sociale c'est bien vague ou, on tout cas, large, je crois en revanche que le mot « social » est tout à fait justifié dans le titre de ce colloque parce que quand on dit histoire sociale à propos d'histoire du droit, cela exclue justement une ancienne histoire du droit périmée. Cela veut dire que l'on sait très bien que le droit fonctionne dans des sociétés, qu'il faut examiner les rapports que le droit a avec ces sociétés, des rapports qui sont différents de ceux de l'histoire. Même si l'histoire transforme la mémoire, même si l'histoire manipule d'une certaine façon les sociétés, elle n'agit pas sur elles, comme le droit, d'un point de vue « normatif », et il lui appartient d'étudier quelles sont dans la pratique les réactions de la société au droit.

Interdisciplinarité: les choses se présentent très différemment, et là je fais une analyse qui n'est pas une analyse subjective ou normative, mais, je crois, une analyse positive. Il s'agit de trois disciplines dont les objectifs en sont venus à se rapprocher très souvent, au point de se distinguer difficilement: histoire, sociologie, anthropologie. Elles considèrent toutes trois des sociétés de façon globale. Je crois que chacune doit se référer à ses origines disciplinaires mais aussi parvenir à une certaine interdisciplinarité vraie, qui ne soit pas un sandwich indigeste d'aliments différents simplement juxtaposés. Pour le reste, je ne voudrais pas qu'on se méprenne sur le « message » que je voudrais sans arrogance adresser aux historiens du droit: ne faites plus la vieille histoire périmée du droit mais surtout soyez vous-mêmes, il ne faut absolument pas qu'il y ait entre nous un rapprochement, une collaboration telle que nous ne saurions plus qui nous sommes, historiens du droit et historiens liés à la sociologie et à l'anthropologie. Ce qui nous intéresse justement c'est le fait que vous n'êtes pas nous, que vous avez des choses à nous dire, des choses à nous apprendre, mais, bien entendu, il faut que nous ayons un certain langage commun pour nous entendre. Il faut que nous nous rencontrions, nous avons les uns et les autres des rapports avec l'histoire, avec la société, avec le temps. Je crois que nous devons faire, dans le travail quotidien, une distinction banale mais

importante et que souvent on ne fait pas. De plus en plus, le Professeur Sbriccoli en a donné hier des exemples excellents, il y a des documents qui deviennent des documents communs. C'étaient au départ essentiellement des documents pour les juristes, comme les testaments, les actes notariaux, les statuts juridiques, les registres judiciaires, qui sont devenus importants pour nous aussi historiens. Ils nous renseignent sur les mentalités, les attitudes face à la mort, à la famille, aux différents domaines de la criminalité. Nous devons d'abord nous demander pour qui et pourquoi le document a été fait. Les historiens ont souvent la naïveté de croire qu'on a fait des testaments pour leur apprendre quelle était l'attitude des gens du passé à l'égard de la mort: ils ne peuvent utiliser ces informations involontaires qu'en les replaçant dans le cadre des finalités et des modalités juridiques qui ont présidé à leur élaboration.

Enfin, je terminerai sur les institutions et les hommes auxquels j'ai été toujours très attaché, celles et ceux du milieu universitaire et scientifique: Il faut que nous fassions l'histoire de ce que nous sommes dans notre position sociale et dans notre histoire sociale. Je crois que l'on apprend beaucoup en examinant où nous nous sommes formés, dans quel type de société nous vivons, comment les institutions universitaires où nous travaillons ont évolué. J'ai évoqué l'émergence de l'histoire comme science, comme discipline bien après le Moyen Age. Dans nos communautés les historiens maintenant sont indépendants mais seuls. Auparavant, surtout en France, ils s'adossaient aux humanistes, c'étaient les spécialistes de la littérature française, du latin, du grec, qui menaient les Facultés de lettres. Dans un passé récent, on a changé les vieilles disciplines en sciences humaines et on les a unies aux nouvelles sciences sociales. Auparavant on voyait souvent un helléniste ou un latiniste être le professeur d'histoire ancienne. Cela n'existe plus et dans l'ensemble c'est un progrès mais l'effondrement des humanités est allé trop loin, s'est mal passé, et nous, historiens, nous sommes tout seuls, universitairement parlant, entre les humanités décrépitees et les sciences sociales impubères. Vous, les historiens du droit, vous êtes encore avec les juristes, et derrière les juristes, vous avez toujours un certain nombre de liens avec la société, avec ces très nombreuses profes-

sions qui changent, mais qui me paraissent non moins nombreuses et non moins puissantes, qui sont formées par le droit, et qui nécessitent une culture juridique. Ainsi, socialement, ce sont deux blocs bien différents quant à la puissance, et c'est là encore une des raisons pour lesquelles nous avons un peu peur de vous, parce que, si nous nous affrontions, ce serait le pot de terre contre le pot de fer! Puisque certains objets de savoir, par exemple dans une vision à la Foucault, mais pas seulement, nous sont devenus communs, je crois qu'il vaut mieux que nous les regardions ensemble et en dialoguant. Mais en même temps, restons bien différents, parce que le droit et l'histoire ce n'est pas le même savoir, le même regard.

Une dernière remarque, et là il faut avoir une vision internationale et surtout européenne, l'Europe qui se fait et doit se faire et il faudrait adopter des attitudes communes. Je vois, en France, une situation qui me fait peur: surtout dans le domaine de la recherche, on est en train de faire, pour des raisons que vous connaissez encore mieux que les historiens, de nouvelles classifications. Le grand domaine des sciences sociales qui vient à peine de se dégager du domaine englobant les sciences humaines est déjà en train de se diviser, et il se divise d'une façon extrêmement nette: d'un côté, l'histoire, la géographie, la sociologie, l'anthropologie, les sciences qui sont censées étudier la société dans son ensemble; de l'autre, côté, l'économie, qui représente un objet spécifique dans la société et non pas la société entière. Et le droit, où le mettre, le droit? D'après ce qui se passe ce qui est prévisible, en tout cas en France, et qui me paraît dangereux, presque mortellement, c'est que le droit soit encore plus séparé de l'histoire, et les historiens du droit de plus en plus soumis à une masse, celle des juristes et d'économistes. Alors, mon propos est simple: nous avons été ici, et j'en suis très heureux, et je remercie encore Paolo Grossi et tous les participants, pour parler de notre métier, qui est d'abord un métier scientifique et intellectuel. Quelqu'un l'a dit avec force et avec raison, pendant des siècles et surtout aux XIXe et XXe siècles, nous avons établi des sciences, nous avons construit une scientificité, faisons-les s'ouvrir ou faisons-les progresser, faisons-les dialoguer, mais ne les détruisons pas par légèreté, manque de confiance ou inconscience. Mais

voyons aussi qu'au-delà des enjeux intellectuels et scientifiques, il y a des évolutions sociales dans lesquelles c'est le pouvoir, c'est l'avenir de nos sciences et de nos sociétés qui se jouent, et pardonnez-moi de terminer par un cri d'alarme ou plutôt un appel à une solidarité fondée sur la reconnaissance lucide de nos différences.

MARIO SBRICCOLI

Avrei preso comunque poco tempo per questa replica, ma ne prenderò ancora meno, perché alcune delle riflessioni che volevo manifestare sulla discussione che si è svolta, sono state espresse, in maniera efficacissima, da Jacques Le Goff. Voglio intanto considerare questo come un segno di vitalità e di successo del nostro Convegno, perché quando nascono le stesse suggestioni vuol dire che c'è da aspettarsi un risultato, dal momento che quando si pensa in qualche modo all'unisono rispetto ad un lavoro comune che si è fatto, vuol dire che qualcosa è emerso e si è imposto all'attenzione.

Dal momento che il senso di questo incontro è già stato brillantemente sintetizzato da Jacques Le Goff, vorrei cogliere solo alcuni aspetti, collegarli con gli interventi che ci sono stati e risottolinearli.

Sono stato colpito da due interventi in particolare. Da quello del prof. Paradisi, innanzitutto, il quale ci ha ricordato intanto la storia di queste discussioni, la storia più recente, alla quale dobbiamo moltissimo. Ci ha ricordato una cosa che io ho segnato testualmente e per intero, perché non va dimenticata: la storia giuridica — lui ha detto — deve essere nutrita dalla storia sociale, ma non illustrare la società, perché non è questo il suo compito. Sono assolutamente convinto di ciò, e credo anche che se la storia giuridica si nutrirà a sufficienza di storia sociale, con ciò stesso, in qualche misura, illustrerà la società: ne illuminerà la storia in qualche modo, e non potrà farne a meno.

Certo, non ci si deve perdere in nessun 'mare magnum', e tanto meno in qualche 'mare parvum', perché anche questo è uno dei rischi che abbiamo davanti; e ci sono anche pozzanghere sul nostro cammino, non solo mari piccoli e grandi, nelle quali si rischia di imbattersi. È la stessa cosa che diceva or ora Jacques

Le Goff quando ci invitava a restare diversi. Noi, che diamo a questo stesso tipo di esigenza una qualificazione giuridica, diciamo 'restiamo autonomi'. Il discorso è sempre lo stesso: ognuno con la propria identità. Ma nella conservazione dell'identità, e specie in certe maniere di conservarla, c'è sempre il rischio terribile dell'isolamento. Allora dobbiamo fare attenzione a mantenere la nostra identità, o la nostra autonomia, non isolandoci; a non affogare nei mari grandi e piccoli, ma allo stesso tempo a non stare pregiudizialmente alla larga da quei mari. È qui il punto: si tratta di una questione di equilibrio negli impegni.

Io credo che questo equilibrio non può essere realizzato — perché si tratterebbe di uno dei modi dell'isolamento — nello scambiarsi i libri. La collaborazione non consiste nel dare agli altri i risultati che abbiamo raggiunto noi e nel prendere dagli altri i risultati che hanno raggiunto loro: questa è la divertente teoria del picnic che ci illustrava Hesperha. Non dobbiamo soltanto far circolare libri, ma fare lo sforzo di acquisire competenze in più ed entrare nelle materie degli altri che dobbiamo mettere a frutto per noi. Ha ragione Corrado Vivante quando sottolinea l'esigenza di praticare le scienze sociali che si devono mettere in opera. Capisco e so bene che si tratta di uno sforzo grande, ma gli storici a cui abbiamo guardato in questi giorni come a modelli possibili lo hanno fatto: non vedo perché non dovrebbero farlo i giuristi. Non vedo perché i giuristi, per svolgere il lavoro di ricostruzione storica della loro esperienza scientifica, non dovrebbero, con umiltà, pazienza e fatica, mettersi a studiare quel tanto di economia, o di sociologia o di antropologia che può servire per le loro ricerche. Non solo, dunque, guardare ai risultati del lavoro degli altri, ma cercare di assorbire le istituzioni, le tecniche, le metodologie, nella misura in cui questo è possibile, ma soprattutto nella misura in cui questo è assolutamente necessario.

Sono stato poi colpito dall'intervento di Hesperha, che è stato brillante ed efficace, e che ha detto cose alle quali credo da molto tempo. Infatti, si è toccati di solito dalle cose che si condividono apertamente, o da quelle che sono così lontane dalle nostre opinioni da colpirci, appunto, per la loro lontananza.

Credo che le cose dette da Hesperha riassumano bene una parte dei risultati acquisiti in questo incontro: per esempio, la

necessità di una nozione nuova, diversa, dell'interdisciplinarità. Bisogna ammettere che la 'vecchia' nozione, quella inoperante, non ha fatto grandi danni. Ha circolato sulle bocche di qualcuno di noi, ha prodotto una quantità di parole, ma non molto di più. Non si è riusciti, cioè, a praticare l'interdisciplinarità per sovrapposizione, perché era impraticabile.

Espanha ci propone invece una interdisciplinarità fatta di lavoro nelle diverse discipline per costruire un rinnovamento nella nostra che la renda capace di affrontare con rigore i nostri oggetti di studio. Credo anch'io che il punto centrale sia questo.

Un altro elemento di quelli efficacemente delineati da Hesperha veniva richiamato anche da Le Goff: l'autorità che i giuristi si sono lungamente costruiti si ritorce, in qualche misura, contro di loro. C'è del vero in questo, ed io sono assolutamente convinto che qui sta una delle ragioni della estraneità degli studi giuridici a certe esperienze storiche recenti.

Un altro ancora ci è stato indicato nella replica che si è appena conclusa: il diritto, ci ha ricordato Le Goff, non è, al pari dell'economia, dell'antropologia o della sociologia, una scienza globale della società. Presenta una sola faccia di essa, forse la più importante, ma una faccia 'tecnica'. E le tecniche subiscono il destino di essere vissute come strumenti, come mezzi per raggiungere fini, e non come sistemi, o come visioni generali della società.

Noi sappiamo bene, però, che se il diritto 'è sentito' come una tecnica, esso è tuttavia portatore di ben altre componenti. Credo che valorizzando quelle — e mi richiamo in chiusura alle cose dette ieri — potremmo liberarci dal peso della vecchia ritualità, dalle mitologie e dalle liturgie che hanno intimidito e intimidato gli altri. Valorizzando gli elementi generali della nostra scienza forse riusciremo a far dimenticare (qualcuno dirà: a farci perdonare) la selva di accorgimenti che per secoli abbiamo escogitato per ottenere che gli altri restassero lontani da noi.

CINZIO VIOLANTE

Poiché parlo per ultimo, ho ancora meno tempo degli altri oratori per l'intervento conclusivo; e pertanto dirò, schematicamente, solo alcune cose.

Primo punto: una chiarificazione, di carattere personale. Devo costatare che di tutto ciò che ho detto ieri siano state recepite, dai colleghi giuristi, essenzialmente le battute finali, che costituivano — come del resto avevo avvertito — « quasi un paradosso ». Con quelle parole non intendevo nientaffatto affermare che gli storici giuristi sono utili allo storico 'senza aggettivi' solo in quanto questi possano servirsi strumentalmente delle loro opere; ma volevo invece dichiarare, in tutta semplicità, di aver spesso tratto spunto e ispirazione dagli storici sia per i suggerimenti di idee, problemi e temi che ne ho ricevuti, sia pure (lo confesso!) per le reazioni di tipo storicistico che i loro metodi e le loro interpretazioni formali hanno in me provocate. Da quest'ultimo punto di vista sono stati stimolanti per me (perché non riconoscerlo?) soprattutto le opere degli storici del diritto più tradizionalisti, verso i quali come e (forse) più che verso gli altri, sono debitore di un'infinità di nozioni e interpretazioni tecniche.

Il collega Hesperanza ha parlato di « paura » che, a un certo punto, gli storici 'puri' hanno avuto del diritto: per il suo tecnicismo. È ben vero: anche i medioevisti italiani hanno avuto questa paura, ma hanno avuto la fortuna di essere stati molto aiutati da quei vecchi storici del diritto che tra Otto e Novecento costituivano la maggioranza di coloro che da noi si occupassero di medioevo e spesso uscivano fuori dal campo strettamente giuridico.

Però da qualche tempo, specialmente in Italia, sono stati e sono ancora (scusatemi!) gli storici del diritto ad aver paura degli storici senz'aggettivi, per una sorta di terrorismo metodolo-

gico esercitato da questi nei loro riguardi in nome dello storicismo dialettico (idealistico o materialistico). Credo quindi che il tema di tali opposte 'paure' si sia opportunamente riproposto in questa sede.

Secondo punto: il problema del carattere proprio della storia del diritto e della sua differenza rispetto agli altri tipi di storia. Mi riferisco in particolare all'intervento di Bruno Paradisi, uno dei miei maestri ideali, a cui (nonostante una diversità ideologica di fondo) mi collega una certa omogeneità di origini e di tradizioni culturali, all'interno delle quali ho condotto il discorso presentato ieri e mi pongo ancora adesso.

Paradisi dunque ha detto che non c'è una differenza di metodo tra storia del diritto e qualsiasi altro tipo di storia, perché in ogni caso il metodo adoperato è nient'altro che il metodo storico. Se non ci sono differenze di metodo tra la storia del diritto, le altre storie particolari e la storia generale, le differenze reali possono essere costituite soltanto dall'oggetto specifico che ciascuna storia particolare si pone. E poiché è priva di un proprio oggetto, la cosiddetta storia 'senza aggettivi' o 'generale' non esiste. Esistono in realtà solo storie cosiddette particolari che si pongono ciascuna un proprio oggetto specifico, ma in tanto in quanto adottano il metodo storico non possono rimanere isolate l'una dall'altra ma devono collaborare, ciascuna per la propria via, a un fine unico, alla comprensione storica dell'oggetto particolare da un punto di vista generale.

Ora — a mio giudizio — in tutto questo c'è molto di vero, in quanto vi si esprimono profonde esigenze intellettuali e spirituali, diffusamente sentite. Ma, se si accettano in pieno tali idee, se cioè la differenza tra le varie storie fosse — per usare i termini crociani — non nella 'forma' dei loro procedimenti ma nei rispettivi 'contenuti', ciò che è proprio della storia rimarrebbe indifferenziato in tutte le storie particolari e queste sarebbero distinte solo da elementi accessori. D'altra parte bisogna tener conto che l'oggetto stesso della conoscenza storica non è indifferente rispetto al metodo, ma ha una più o meno forte, a volte decisiva, influenza sulla epistemologia storica, quando si tratti dell'oggetto principale. Riprenderei volentieri un'espres-

sione di Henri-Irenée Marrou, il quale spesso ha insistito sulle 'servitù' che sono imposte dall'oggetto, dalla materia di cui lo storico si occupa. Persino il più storicizzante, e storicista, fra gli storici del diritto, Giovanni Cassandro, ha insistito — pur senza molte precisazioni concrete — sulle servitù tecniche che il diritto in quanto tale comporta all'atto della conoscenza. Se si fosse indotti a ignorare tali 'servitù' in modo che l'oggetto particolare della conoscenza storica non arrivasse a incidere sul metodo storico generale, si finirebbe col perdere di vista le specificità dell'oggetto stesso e con l'annullare per questa via la distinzione non solo tra le storie particolari e storia generale, ma tra le stesse storie particolari.

I giuristi e gli storici del diritto, come gli studiosi delle altre grandi discipline dal cui punto di vista sono impostate altrettante storie particolari, dovrebbero insistere sulla specificità epistemologica del proprio oggetto di studio, oltre che sulle analogie e sui rapporti reciproci.

Bruno Paradisi giustifica la riduzione della storia del diritto a storia in pieno senso, appunto allargando, il più possibile il concetto di 'norma' oltre il campo tecnicamente giuridico, all'area economica, sociale ecc. Tale allargamento può giovare alla comprensione dello stesso diritto e della storia giuridica, ma non si deve spingere fino a sfumare o a vanificare le distinzioni: comunque, nel nostro caso di storici generici bisogna salvaguardare la diversità dei punti di vista disciplinari e individuare di volta in volta, nei casi concreti, la diversa graduazione di importanza degli oggetti del conoscere storico.

Hespanha suggeriva ulteriori allargamenti di determinati concetti, a cominciare da un allargamento del concetto di potere: suggerimento che — in specie a proposito di quest'ultimo punto — condivido in pieno. Schiera insisteva sulla necessità di storicizzare, di determinare in concreto i concetti e specialmente quello di Stato. Io unirei questi due suggerimenti insieme, osservando che, per il medioevo in modo particolare, si deve parlare di Stato in un senso differente che per l'età moderna, o addirittura non parlare di Stato, e che il potere rientra in quelle strutture delle quali ho parlato nella mia relazione, in quanto esso non è soltanto

nelle istituzioni politiche ma — nel medioevo e in tutta l'età precostituzionale — anche nelle strutture sociali.

Questo modo di essere della realtà storica, che è la 'dimensione normativa', pone, per uno storico che, di formazione storicistica, sia attento essenzialmente alla concretezza e alla individualità nella storia, il problema di una storiografia che non consideri gli individui e le azioni individuali in una pienezza di libertà e in una compiuta e vincitrice attuazione, ma li colga, sempre, dialetticamente in rapporto a un condizionamento, a una coercizione, a una norma di qualsiasi genere. Resto convinto, sì, che la storia sia storia del positivo, e che sia fatta essenzialmente dai vincitori; ma penso che non sia assolutamente possibile comprendere il positivo se non si prenda atto anche del negativo: non si è in grado di valutare l'opera dei vincitori, se non si considerino profondamente anche i vinti, se non si esamini la storia degli 'altri', dei 'diversi', degli 'emarginati', degli 'esclusi'. Questa 'antistoria' — beninteso — è legittima, e importante, ma solo a condizione che non sia giudicata — ipoteticamente — 'alternativa', come la Storia che sarebbe potuta o dovuta essere, e che sia intesa invece dialetticamente, come svolgimento antitetico all'affermazione dei vincitori e condizionante dei modi e dei limiti della vittoria. Il significato della vittoria stessa dipende anche dalle opposizioni, dalle resistenze, perfino dalle inerzie e incomprendimenti che il vincitore ha dovuto superare; lo sviluppo della personalità di coloro che hanno prevalso e si impongono è in rapporto con gli atteggiamenti di coloro che hanno perso e rimangono all'opposizione o semplicemente subiscono, sono emarginati, esclusi.

Infine, per quanto riguarda l'interdisciplinarietà, ritengo che sia importante indicare e trovare — come hanno fatto ora Le Goff e Sbriccoli — sempre nuovi temi e nuovi problemi particolari che riguardino discipline storiche diverse e altre discipline ancora. Però insisterei sul fatto che per arrivare a una visione autenticamente storica non basta una semplice convivenza di studiosi di discipline diverse su uno stesso terreno né sono sufficienti gli aiuti meramente strumentali che essi si scambiano dall'esterno: bisogna infatti che lo stesso documento, lo stesso problema, lo stesso tema siano esaminati da studiosi di varie discipline storiche o 'scienze

umane', operando ciascuno secondo il proprio metodo peculiare, e che poi tra i procedimenti e i risultati delle singole ricerche si istauri un confronto e si cerchino dei rapporti insiti nella realtà stessa, al fine di individuare gli aspetti essenziali unificanti, e che si pervenga così alla sintesi.

Ma non credo che si possano considerare in maniera unitaria tutte quelle scienze che hanno per oggetto la società: io farei distinzione tra le scienze del tipo della storia del diritto, da una parte, e quelle del tipo della sociologia, dall'altra, cioè tra le discipline che si fondano su quegli elementi ideali che, in quanto sono costitutivi di una struttura, si pongono come un 'dover essere', in senso lato, come una norma, e le scienze che invece sono costruite sulla base di classificazioni elaborandone dall'esterno i dati. A mio avviso, la dimensione storica, il metodo storico, riguarda le prime e non tanto — o almeno molto diversamente — le altre. Comunque la collaborazione tra le varie scienze è possibile e anche è utile, ma a condizione che si rispetti la distinzione tra i metodi e gli scopi propri di ciascuna. E da tale distinzione deriva la difficoltà (a volte l'impossibilità) di impiegare insieme, con metodo corretto, più d'una di queste scienze nell'interpretazione storica, che non deve essere giustappositiva ma sintetica.

Fatte tali considerazioni, non posso condividere la meraviglia con cui Paolo Grossi ha constatato che nella pur ampia interdisciplinarietà della scuola delle « *Annales* » mancavano proprio la storia del diritto e il diritto stesso. Tale lacuna dipende da quella diversità tra diritto e sociologia, specialmente in rapporto con la dimensione storica, che è stata dianzi indicata molto bene da Paradisi. Infatti l'attuale ritorno agli interessi per il diritto, che ricollega Jacques Le Goff a Marc Bloch, ma lo spinge oltre, significa una certa svolta o almeno uno sviluppo nuovo nell'ambito della scuola delle « *Annales* ». Ne abbiamo avuto una riprova nella bella lezione che ci ha fatto il nostro Jacques, specialmente nelle tre argomentazioni che hanno scandito la sua esposizione.

Primo punto: l'ignoranza — egli ha detto con grande modestia — della storia del diritto da parte degli studiosi raccolti attorno alla celebre rivista. Però c'è da obiettare che questa ignoranza non c'è stata per altre discipline che tradizionalmente erano

più lontane dalla storia generale e specialmente dalla storia sociale: anzi proprio la scuola delle « *Annales* » ha avuto il gran merito di abbattere tante barriere: il diritto e la storia del diritto non possono essere state lasciate fuori, uniche discipline, soltanto per specifica incompetenza di studiosi così attivi, e così curiosi e aperti. Nei limiti, ristretti, in cui ciò possa essere vero, il motivo stesso di questa ignoranza diventa allora un problema storico.

In secondo luogo, ricordiamo che nella successiva parte della sua relazione Le Goff ha polemizzato contro gli storici del diritto, soprattutto contro quelli tradizionali, — diciamo così — dogmatici, con argomentazioni di carattere schiettamente storicistico giungendo fino ad affermare — e credo con piena ragione — che un motivo della scarsa considerazione della storia del diritto da parte delle « *Annales* » è derivata dalla sua scarsa considerazione per la « *histoire événementielle* », per quella politica in modo particolare.

Infine credo che le indicazioni che sono pervenute da Le Goff, come da Sbriccoli, come da molti altri, siano tutte suggestive, da tenere presenti; ma rimane fermo un punto: c'è una sostanziale incompatibilità di fondo, di metodo, tra la sociologia, l'antropologia, l'etnologia, ecc., da una parte, e la storia del diritto e la storia dell'economia, dall'altro.

Il pericolo, denunciato da Le Goff, che l'insegnamento del diritto venga legato a quello dell'economia nelle istituzioni universitarie francesi, deriva dalla tendenza degli economisti ad essere sempre più formalisti, astratti, matematici (ma negli ultimi tempi hanno cominciato a esserlo sempre meno). Quel pericolo dipende dalla recente mania degli economisti per l'econometria, ma non dalla intrinseca natura dell'economia e della storia economica. Quindi è un pericolo reale, ma non inevitabile, poiché non è nella natura stessa della scienza economica. Con queste ultime osservazioni vorrei evitare un altro, più reale e grave pericolo: che in una considerazione interdisciplinare siano separate proprio due scienze che hanno notevoli affinità tra loro, come la storia giuridica e la storia economica.

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano nella Università di Firenze

Jacques LE GOFF

École des Hautes Études en Sciences Sociales - Paris

Cinzio VIOLANTE

Prof. Ordinario di Storia medioevale nella Università di Pisa

Mario SBRICCOLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano nella Università di Macerata

Alberto CARACCIOLO

Prof. Ordinario di Storia della storiografia nella Università di Roma I

Mario BRETONE

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano nella Università di Bari

Claudio PAVONE

Prof. Associato di Storia contemporanea nell'Università di Pisa

Leandro PERINI

Prof. Straordinario di Storia moderna nella Università di Firenze

Corrado VIVANTI

Prof. Associato di Storia della storiografia nella Università di Torino.

Bruno PARADISI

Prof. Emerito di Storia del diritto italiano nella Università di Roma I

Raffaele AJELLO

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano nella Università di Napoli

Massimo BRUTTI

Prof. Ordinario di Diritto romano nella Università di Roma I

Pierangelo SCHIERA

Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche nella Università di Trento

Bartolomé CLAVERO

Catedratico de Historia del derecho en la Universidad de Càdiz-Jerez

Francisco TOMAS Y VALIENTE

Catedratico de Historia del derecho español en la Universidad Autonoma de Madrid - Magistrado del Tribunal Constitucional

Johannes Michael SCHOLZ

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main

Antonio Manuel HESPANHA

Inspector-Geral do Ministerio da Educação - Colaborador da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa

Sofia BOESCH GAJANO

Prof. Straordinario di Storia medioevale nella Università di L'Aquila

Andrea GIARDINA

Prof. Ordinario di Storia romana nella Università di Bari

Julius KIRSHNER

Professor of Medieval and Renaissance History in the University of Chicago

Claes PETERSON

Ord. Professor für Rechtsgeschichte in der Universität Stockholm

Ubaldo STAICO

Ricercatore di Filosofia del diritto nell'Università di Siena

INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
PAOLO GROSSI, <i>Premessa</i>	VII
INCONTRO DI STUDIO SU «STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA» ATTI	
Programma	3
PAOLO GROSSI, <i>Storia sociale e dimensione giuridica</i>	5
RELAZIONI	
JACQUES LE GOFF, <i>Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile</i>	23
CINZIO VIOLANTE, <i>Storia e dimensione giuridica</i>	65
MARIO SBRICCOLI, <i>Storia del diritto e storia della società - Questioni di metodo e problemi di ricerca</i>	127
COMUNICAZIONI E INTERVENTI NELLA DISCUSSIONE	
ALBERTO CARACCILO	151
ALBERTO CARACCILO, <i>In margine a vent'anni di 'Quaderni storici'</i>	155
MARIO BRETONE	165
CLAUDIO PAVONE	169
LEANDRO PERINI, <i>Michelet, les origines du droit français et il passaggio dal medioevo all'età moderna</i>	179
CORRADO VIVANTI	191
BRUNO PARADISI	195
RAFFAELE AJELLO	201
MASSIMO BRUTTI	211

	pag.
PIERANGELO SCHIERA, <i>Storia-diritto e diritto-storia - Un problema di 'Scienze Sociali'</i>	221
BARTOLOMÈ CLAVERO	239
FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, <i>La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel</i>	245
JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, <i>L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit</i>	275
ANTONIO MANUEL HESPANHA, <i>L'interdisciplinarietà di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica</i>	313
ANTONIO MANUEL HESPANHA, <i>Une 'nouvelle histoire' du droit?</i>	315
SOFIA BOESCH GAJANO	341
ANDREA GIARDINA	349
JULIUS KIRSHNER	355
CLAES PETERSON, <i>Wertsystem und Handlungstheorie: zu den philosophischen Voraussetzungen rechtshistorischer Forschung</i>	359
UBALDO STAICO, <i>Storia, storia del diritto, filosofia - La polemica Kantorowicz-Grabmann</i>	399

REPLICHE

JACQUES LE GOFF	449
MARIO SBRICCOLI	455
CINZIO VIOLANTE	459
<i>I Collaboratori di questo volume</i>	465

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°
p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°
p. 1200

Vol. 13 (1984) 8°, p. 782

Vol. 14 (1985) 8°, p. 646

Vol. 15 (1986) 8° (in preparazione)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, «UN ALTRO MODO DI POSSEDERE»
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA «CULTURA» DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E «RECHTSIDEE»
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. xv-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(in corso di stampa)